

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 LXIII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2010

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.

Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En la última década la Compilación de Derecho civil aragonés de 1967 ha sido casi totalmente sustituida por las leyes aragonesas 1/1999, de sucesiones; 6/1999, de parejas estables no casadas; 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad; y 13/2006, de Derecho de la persona. Se elabora en la actualidad una nueva ley de Derecho patrimonial. En este trabajo el autor hace una valoración crítica de esta expansiva reforma legal que ha venido a cuadruplicar en extensión la buena ley que era, al menos en sentido técnico, la Compilación de 1967. En su opinión, la amplia reforma legal del Derecho aragonés de la última década se ha hecho con debate insuficiente tanto técnico o doctrinal como sobre los fundamentos ideológicos de las normas. Se ha hecho sin suficiente debate también sobre las específicas fuentes del Derecho aragonés, que considera una herencia muy discutible del pensamiento de Joaquín Costa y fuentes escasamente arraigadas en el Derecho aragonés vivido. Sostiene el autor que las nuevas leyes han sido en ocasiones excesivamente conservadoras o hasta inmovilistas, al mantener ideas o institutos jurídicos claramente anticuados. Se explica que, pese a su muy ampliada extensión, el nuevo Derecho civil aragonés no tiene en realidad ideas nuevas de entidad que no estuvieran ya en el Apéndice foral de 1925 o en el Código civil español.

PALABRAS CLAVE

Derecho civil aragonés. Política legislativa. Codificación. Fuentes del Derecho. Normas imperativas.

SUMARIO: 1. Una discrepancia sobre la política legislativa iniciada en 1996 en el Derecho civil aragonés.-2. Valoraciones distintas sobre la

codificación del Derecho civil aragonés.—3. Valoraciones distintas sobre las fuentes del Derecho civil aragonés.—4. Valoraciones distintas sobre la significación del legado de Joaquín Costa.—5. Sensibilidades distintas sobre lo que conviene investigar y enseñar del Derecho civil aragonés histórico y del vigente.

1. UNA DISCREPANCIA SOBRE LA POLÍTICA LEGISLATIVA INICIADA EN 1996 EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Entre los (pocos, en realidad) autores que han realizado valoraciones globales por escrito de las importantes reformas legales del Derecho civil aragonés realizadas en la última década, creo ser el único que se ha mostrado claramente crítico en varios trabajos, y ya desde 1997¹, con el sentido general y la extensión de las reformas legales realizadas. Recordemos algunos antecedentes necesarios para comprender estas críticas y la situación actual del Derecho civil aragonés.

Desde que, tras la Constitución, se supo que la Comunidad Autónoma de Aragón iba a gozar de competencia legislativa propia en materia de Derecho civil, pueden distinguirse dos etapas claramente diferenciadas en la evolución del Derecho civil aragonés². Una primera etapa, que dura hasta mediado el año 1996, en la que la reforma legislativa más importante se realizó por la Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, con la finalidad principal de adecuar el texto de la Compilación aragonesa a los principios constitucionales, en la línea de lo que habían hecho respecto del Código civil las reformas realizadas por las leyes españolas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. En la preparación de esta reforma legal de 1985,

¹ La primera vez que formulé, brevemente, mi postura crítica frente a la política legislativa que se estaba emprendiendo por entonces fue al final de mi trabajo «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», publicado en el Anuario de Derecho Civil de enero marzo de 1997, pp. 97 a 154. Para mi pensamiento más ampliamente explicado puede consultarse mi libro «Mito y realidad en el standum est chartae», Prologo del profesor Luis Díez PICAZO, Civitas-Thomson Reuters, 2009, *in totum*, y más en particular pp. 322 a 351. Este libro es una versión ampliada del trabajo del mismo título que publiqué en el libro colectivo titulado «Un aragonés y su tiempo. El Doctor Juan Luis López, Primer Marqués del Risco (1644-1703)», libro coordinado por el profesor Miguel Ángel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, y editado por el Gobierno de Aragón en 2007. La distribución por el Gobierno de Aragón de este libro, del que se habían editado en teoría según contrato 1000 ejemplares, ha sido, según mis noticias, e ignoro cuáles han podido ser las razones, prácticamente inexistente. Un adelanto de mi pensamiento publiqué también en mi trabajo «Joaquín Costa, el standum est chartae y la política legislativa actual sobre el Derecho civil aragonés», en el Libro Homenaje a PUIG I FERRIOL, 2006, Volumen 2.º, pp. 1809 a 1838.

² Me sirvo en las páginas siguientes de información aportada en el trabajo de José Antonio SERRANO GARCÍA titulado *Introducción a la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte*, publicado en el n.º 8 de la Revista de Economía Aragonesa, junio de 1999, pp. 75 a 98. Y también de su trabajo anterior *La Comunidad Autónoma de Aragón y su Derecho civil foral*, en *Derecho privado y Constitución*, n.º 1, 1993, pp. 177 a 221.

reforma evidentemente de gran calado y trascendencia normativa, intervinieron dos comisiones sucesivas. La primera de estas comisiones fue creada en 1981 (Decreto 1006/1981), y presidida por el profesor Lacruz, Comisión que quedó disuelta al entrar en vigor el Estatuto de Autonomía de 10 de agosto de 1982. Y la segunda Comisión, denominada «*Comisión Asesora sobre Derecho Civil Aragonés*», fue creada por la Diputación General de Aragón en 1984 (Decreto 24/1984, de 5 de abril), excluyéndose de ella al profesor Lacruz, sustituido como Presidente por el notario José Luis Merino Hernández (Decreto de 3 de julio de 1984). Fue esta segunda Comisión la que culminó los trabajos de reforma legal que se concretaron en la mencionada Ley 3/1985³.

La importante Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo, confirmó la constitucionalidad de una Ley aragonesa 3/1988, breve ley sobre equiparación de los hijos adoptivos a los biológicos, y reconoció un amplio ámbito competencial a los legisladores autonómicos con Derecho civil propio⁴. Un nuevo Decreto de la Diputación General de Aragón (Decreto 162/1994, de 12 de julio) modificó la composición y el nombre de esta Comisión, que pasó a denominarse «*Comisión Aragonesa de Derecho Civil*».

En el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se volvió a modificar la composición de la «*Comisión Aragonesa de Derecho Civil*» y la forma de designar a sus miembros. Con esta composición y bajo esta regulación se iba a iniciar una segunda y nueva etapa legislativa de decidida expansión del Derecho aragonés dirigida en el medio plazo a sustituir la Compilación aragonesa de 1967 por un futuro «*Cuerpo legal*» del Derecho aragonés mucho más extenso que ésta y que se explicó que se iría confeccionando mediante leyes parciales que sustituyeran en lo posible libros enteros de la Compilación.

³ En la tramitación parlamentaria de esta Ley de 1985, por iniciativa del diputado José Luis MERINO HERNÁNDEZ, también veterano notario de Zaragoza y cultivador del Derecho aragonés, y que fue a la vez enmendante y Presidente de la Comisión que presentó el Proyecto, se introdujo a última hora una muy desafortunada versión nueva del antiguo artículo 141 de la Compilación aragonesa. El profesor LACRUZ ha criticado esta precipitada y poco rigurosa reforma de la Compilación en el prólogo que escribió a la obra de VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 12 a 15. Estas reflexiones de LACRUZ, tres años antes de morir, las considero importantes. Explicó el maestro que la reforma de la Compilación aragonesa requería estudio, reflexión, documentación y calma, y que, de no hacerse la reforma legal de esta manera y con seriedad, era mejor dejar la Compilación como estaba. Advertía el maestro de los peligros que supondrían «*los entusiastas de la reforma a todo trapo, del «cambio por el cambio»; en último término, de dejar su nombre, su huella, en el texto legal*».

⁴ Cfr. ZABALO ESCUDERO, Elena, *La reforma del Derecho civil aragonés: el marco constitucional*, en las «*Actas de los Sextos Encuentros (1996) del Foro de Derecho Aragonés*», El Justicia de Aragón, 1997, pp. 39 a 61.

Se nombró Presidente de la Comisión al profesor Delgado Echeverría. Los miembros de la Comisión que iba a iniciar esta ambiciosa tarea fueron diez juristas aragoneses, todos considerados de reconocido prestigio, y elegidos en representación de las principales profesiones jurídicas. Esta Comisión (con sustitución posterior de algunos de sus miembros) ha realizado el Anteproyecto de la que sería Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de 221 artículos; y el Anteproyecto de la que sería la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, de 120 artículos; y el Anteproyecto de la que sería Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, de 168 artículos; y está actualmente (otoño de 2009) trabajando en una nueva ley sobre Derecho patrimonial aragonés.

Además, al margen de esta Comisión Aragonesa de Derecho Civil, se ha realizado y publicado también la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas, Ley más breve, de 18 artículos, y que, iniciada mediante proposición de ley, impulsaron en las Cortes aragonesas el Partido Socialista Obrero Español, el Partido Aragonés Regionalista e Izquierda Unida, con la oposición del Partido Popular.

Pero desde el punto de vista de sus causas más inmediatas, el importante proceso de cambio del Derecho aragonés que se está produciendo parece responder sobre todo al designio de algunos grupos de juristas más introducidos en el estudio del Derecho aragonés o más interesados en el mismo por razones profesionales, o por razones ideológicas, aprovechando una coyuntura política favorable muy concreta, y contemplando o tendiendo a imitar en mayor o menor medida los desarrollos legislativos que estaban experimentando en los últimos tiempos otros Derechos autonómicos, como el catalán, el vasco o el gallego. La coyuntura política era favorable a una expansión de los Derechos autonómicos civiles. En marzo de 1996 había ganado las elecciones generales el Partido Popular, con José María Aznar a la cabeza, aunque sin mayoría absoluta, lo que le iba a llevar a un pacto con los nacionalismos catalán y vasco. En este contexto, e interesado el Partido Popular en reforzar su imagen centrista y dialogante, iba a intensificar su sensibilidad hacia los nacionalismos y autonomismos de todo tipo.

En efecto, ha habido en Aragón un viraje relativamente brusco en la política legislativa en materia de Derecho civil a partir del año 1996. El 6 de mayo de 1996 fue nombrado Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el profesor Delgado y en octubre de 1996 se distribuyó entre los juristas y políticos aragoneses un

documento de 32 páginas, que contiene la «*Ponencia General de Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón*»⁵.

La «Ponencia General» de 1996 intenta justificar la nueva etapa de ampliación y renovación del Derecho civil aragonés. Es un documento denso, que hace un recorrido histórico sobre el Derecho aragonés en la etapa codificadora y sobre todo en la etapa de la formación de la Compilación aragonesa de 1967. La elaboración de ésta la presenta como sometida a la presión institucional del contexto político de la época y de la aspiración legalmente plasmada entonces de unificar a largo plazo todo el Derecho civil español, todo lo que habría llevado a los autores aragoneses de aquel texto (Lacruz y Sancho Rebullida y Alonso Lambán, entre ellos, aunque el Documento no lo recuerde), según se explica, a realizar renuncias concretas y a una actitud de autocensura previa y de prudente autolimitación frente a las instancias madrileñas, que se reservaban siempre la última palabra o la aprobación final de los textos. Incluso sostiene el Documento que la redacción conceptual y quintaesenciada de los preceptos de la Compilación pudo deberse a esta presión institucional más que a una opción voluntariamente asumida de técnica legislativa, y que ese tipo de redacción muy abstracta quizás ha llegado a aumentar la dificultad de la interpretación de sus preceptos.

Explica el mencionado Documento de 1996 los que considera aciertos de la Compilación de 1967, destaca su gran calidad técnica, que considera superior a la del Código civil, pero concluye explicando que, a pesar de ello, las imperfecciones e insuficiencias de la Compilación aconsejan su sustitución por el nuevo «Cuerpo legal» del Derecho aragonés, que habrá de aprobarse por partes.

⁵ Esta «Ponencia General» se distribuyó a muchos juristas aragoneses en un folleto de 32 páginas editado por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón, y ha sido recogida en el número II, de la Revista de Derecho Civil Aragonés, Volumen 2.º de 1996, pp. 175 a 196. En noviembre de 1996 dio una conferencia, con las mismas ideas de la Ponencia mencionada, el profesor DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, titulada *La reforma del Derecho civil aragonés. Criterios de política legislativa*, y publicada en las «*Actas de los Sextos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*» de 1996, El Justicia de Aragón, 1997, pp. 108 a 140. Y por cierto que en el coloquio de esa conferencia de DELGADO, recogido en el Libro citado, algunos de los juristas más prestigiosos de Aragón pusieron objeciones de entidad a lo expuesto por el conferenciante. El magistrado Fernando ZUBIRI DE SALINAS aconsejó que la reforma legal sirviera para superar la imagen de anticuado y rural que tenía para muchos el Derecho civil aragonés. El Notario Honorio ROMERO advirtió que no se debería regular en ningún caso el Derecho de obligaciones u otros contenidos del Código civil y que los aragoneses, a diferencia de muchos vascos o catalanes, nos sentíamos ante todo españoles. Y el profesor GARCÍA CANTERO advirtió, recordando algunos ejemplos históricos, como los códigos italianos preunitarios, que el proceso de progresiva disgregación del Derecho civil iba contra la Historia y que él seguía viendo la unificación futura del Derecho civil español como una asignatura pendiente de nuestro país.

Presenta la situación de ese momento (1996) del Derecho aragonés como de una cierta «*fragilidad*»; explica las dificultades interpretativas que con frecuencia supone la aplicación supletoria del sistema del Código y propone evitar las remisiones a éste y también propone que el legislador aragonés tienda a regular en su integridad las materias en las que sea competente, con lo que, en este sentido, afirma que se puede aspirar al carácter «*tendencialmente completo*» del futuro Cuerpo legal del Derecho aragonés. Deja abierta el Documento la cuestión de cuál será finalmente la denominación que adoptará el futuro Cuerpo legal de Derecho aragonés, si la de «*Compilación*», o la de «*Código*». Afirma también el Documento que no se trata de sustituir el Código civil español por otro aragonés, ni de apartarse del contenido del mismo por un prurito de diferenciación, ya que el Código civil no ha sido nunca considerado en Aragón, explica, como un cuerpo extraño impuesto o contrario a las concepciones jurídicas de los aragoneses.

En el momento en que redacto estas líneas (otoño de 2009), el futuro Cuerpo legal del Derecho aragonés ya casi es una realidad y está vigente en su mayor parte, en varias leyes recientes, según he explicado. La idea parece que va a culminarse y que va a tener éxito en términos históricos. Sin embargo, a mí las razones del Documento de 1996 no me han convencido.

No creo que fueran tan grandes las insuficiencias de la Compilación de 1967 como para sustituir a este cuerpo legal y además por un texto que va a tener al final una extensión unas cuatro veces mayor que la del texto legal de partida. Creo que, con algunos añadidos y retoques, y supresiones también, por cierto, la Compilación de 1967-1985 hubiera podido seguir rigiendo por bastante más tiempo todavía las relaciones jurídicas familiares y sucesorias de los aragoneses. No era excesiva la jurisprudencia que provocaba su vigencia y aplicación, ni parece que hubiera tantas ideas verdaderamente nuevas ni doctrina de enjundia como para enriquecer de forma sustancial al Derecho aragonés. Y en cambio, como siempre que se legisla sobre asuntos muy complejos, existía el riesgo, en el que en efecto se ha caído en ocasiones, de empeorar considerablemente lo que teníamos. Aparte de que si se había de acometer la reforma legal del Derecho civil aragonés tal reforma hubiera debido verse como una ocasión de puesta al día y modernización ideológica, lo que, como vamos a ver en lo sucesivo, no se ha llevado a cabo en la práctica. Los elogios que hace el Documento de 1996 a la Compilación de 1967 resultan bastante retóricos cuando se advierte que las sucesivas leyes que se han ido aprobando van dero-

gando expresamente bloques enteros de la magnífica ley que fue la Compilación de 1967.

Creo que la «Ponencia General» exageró interesadamente las dificultades que ofrecía una vía más modesta de reformas concretas y modestas a la Compilación. No creo tampoco que la redacción conceptual y quintaesenciada de los preceptos de la Compilación no fuera sobre todo una opción de técnica legislativa conscientemente adoptada por los autores de la Compilación de 1967. Ni veo del todo clara la técnica de introducir en el Cuerpo legal del Derecho aragonés preceptos del Código que se venían aplicando supletoriamente, porque las dificultades de armonización del Derecho directamente aplicable y del aplicable supletoriamente sin duda van a seguir existiendo, puesto que el Estado va a seguir siempre legislando sobre Derecho civil. Y además hay que tener en cuenta que la reflexión o doctrina publicada sobre preceptos aragoneses vamos a hacerla en el futuro unas docenas de personas, mientras que la reflexión o doctrina sobre preceptos del Derecho civil general la hacen (hacemos), en conjunto, varios centenares de personas, lo que en buena lógica debe permitir alcanzar en este segundo ámbito una mayor y mejor doctrina, de la que ahora correremos un cierto riesgo de ir quedando desvinculados. En fin, el Documento de 1996 me da la impresión de reflejar un tanto el espíritu costista de una cierta autocomplacencia con el Derecho aragonés y de presentarlo en forma un tanto ahistórica, como si éste fuera lo mismo antes que después de la Codificación (1889, 1925) o antes o después de la Constitución de 1978. Exagera implícitamente el Documento, según creo, la idea de una continuidad o permanencia de las normas aragonesas tradicionales y la conveniencia de esa continuidad. En realidad, en el actual Derecho aragonés socialmente vivido parece que ya no queda tanto de los antiguos Fueros y Observancias medievales (la viudedad, la troncalidad, el consorcio foral y la legítima de libre distribución, lo principal, sin negar la importancia de ello), aunque conserven relevancia en el mismo todavía algunas de las creaciones históricas del Derecho consuetudinario aragonés (testamento mancomunado o competencias de los parientes en asuntos familiares y alguna que otra fiducia sucesoria).

El Documento con la «Ponencia General» de octubre de 1996 se limitó a notificarnos a los juristas aragoneses que se iba a realizar una importante reforma del Derecho aragonés que parecía contar con el visto bueno de los políticos en el poder en ese momento en la Comunidad Autónoma, pero prácticamente nada más que eso. Creo que hubiera sido más prudente sondear en serio antes las opiniones de los juristas aragoneses de todas las profesiones jurídicas que se

hubieran mostrado dispuestos a contestar una encuesta, lo que hubiera podido hacerse fácilmente, por ejemplo, a través de los Colegios profesionales de las diversas profesiones jurídicas⁶. Sólo los notarios aragoneses hicieron esa encuesta, que contestaron pocos, y los registradores de la propiedad un escrito genérico y muy poco comprometido, que fue desatendido en su petición más importante y concreta. No ha habido ningún tipo de pronunciamiento, que yo sepa, ni de los jueces, ni de los abogados o procuradores, ni de los profesores de la Facultad de Derecho que fuéramos civilistas o, acaso, iusprivatistas. Como en su día veremos que hiciera Gil Berge y su Comisión en el Proyecto de 1904, y hasta el mismo legislador estatal autor del Apéndice de 1925, respecto de las conclusiones del Congreso de 1880-1881, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil no ha hecho gran caso de las pocas, pero inteligentes o sensatas, sugerencias que se le hicieron por los profesionales del Derecho aragoneses. Ni ha hecho la Comisión gran esfuerzo por recabar mayores sugerencias de todos los colectivos. No se ha seguido el ejemplo prudente de los autores de la Compilación aragonesa de 1967, quienes abrieron un periodo de información pública sobre el anteproyecto al que concurrieron profesionales y Corporaciones y las sugerencias recibidas fueron tenidas muy en cuenta, según narra el propio Preámbulo de la Compilación de 1967.

Se habría podido, incluso, para evitar riesgos y en el propósito de tratar de reflejar más fielmente al menos la opinión mayoritaria de los juristas aragoneses, considerar la celebración de un Congreso, siguiendo el ejemplo del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, en el que la idea de su celebración se propuso a todos los profesionales, conociéndose que 270 abogados de aquella época se comprometieron a asistir o a delegar su representación⁷. En un Congreso se hubiera podido discutir abiertamente los fundamentos ideológicos del Derecho aragonés, lo que no se ha hecho en esta última etapa de la vida jurídica aragonesa y ni siquiera en la doctrina publicada en los últimos años o décadas sobre Derecho civil aragonés, doctrina en mi opinión excesivamente acrítica y

⁶ El profesor DE LOS MOZOS, José Luis, además de advertir en 1988 que las diferencias entre los Derechos forales y el Código civil eran entonces mucho menores que antes, explicaba que lo que sí le parecía que había que respetar era el sentimiento jurídico de los ciudadanos, que puede ser diferente según las regiones, y puesto que las mismas cosas pueden hacerse con frecuencia por diferentes medios. Cfr. *Notas para una metodología de los Derechos forales*, en su libro *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Editorial Cívitas, 1988, p. 188.

⁷ Información que aporta COSTA en su libro *La Libertad civil...*, Editorial Guara, 1981 (1883), pp. 39 y 84. El Anteproyecto de Compilación de 1962 pareció excesivo en su aragonesismo a un importante sector de juristas aragoneses y se sometió a información pública, emitiendo opinión los Colegios de Abogados, Notarios y Registradores. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Aragón y su Derecho*, 1968, pp. 26 y 45.

conformista con lo que hay y con la moda de considerar progresista el Derecho civil aragonés por el mero hecho de ser aragonés, o hecho o copiado por aragoneses.

Pienso que la mayor o menor amplitud de los Derechos civiles propios en el nuevo marco constitucional no debería depender tanto ya de la historia de dichos Derecho civiles propios⁸, sino, en una sociedad como la española fuertemente homogeneizada en términos culturales y económicos, más bien del peso actual y futuro de la propia y específica cultura (también jurídica, por supuesto, pero no sólo jurídica) de cada territorio y de la voluntad de sus ciudadanos de hacer valer políticamente el sentimiento de su propia identidad⁹.

Y en este sentido, no me parece que debiera ser en Aragón irrelevante el hecho de que las opciones políticas nacionalistas o regionalistas (más bien lo segundo, en realidad, pese a algunas declaraciones programáticas) queden siempre claramente por debajo del 20% del voto ciudadano, y con tendencia ya antigua a disminuir siempre su porcentaje. Y ello, aparte de que en Aragón siempre es considerablemente superior el índice de participación de los aragoneses en las elecciones generales que en las autonómicas, lo que hace poco coherente con la lógica democrática que se pretenda, para un ámbito importante como el del Derecho civil, a través del principio *standum est chartae*, que las leyes estatales tengan una menor eficacia o influencia configuradora de la sociedad que las leyes autonómicas, votadas siempre por un número menor de aragoneses que las estatales. Creo que la política legislativa aragonesa sobre Derecho civil inaugurada en 1996 ha imitado, discutiblemente, otras políticas legislativas realizadas en comunidades autónomas con contextos políticos y culturales muy diferentes del aragonés.

En otro sentido, pensaba el profesor Lacruz, según había dejado escrito y según me manifestó en un par de ocasiones en que hablé con él de este asunto, que la forma mejor de realizar una buena reforma de la Compilación aragonesa de 1967, dada la enorme dificultad

⁸ Consciente o inconscientemente, parece suponerlo así también el legislador aragonés, que en los muy extensos preámbulos que ha dedicado a las leyes aragonesas 1/1999, de sucesiones, y 2/2003, de régimen económico matrimonial y de viudedad, no se ha preocupado en absoluto del entronque de las instituciones que regula con sus precedentes históricos, sino que se ha limitado a una descripción de los propios criterios inspiradores de política legislativa. Por no mencionar la Ley 6/1999 sobre Parejas Estables no Casadas, de imposible justificación, evidentemente, desde el Derecho aragonés histórico. En otro sentido, está claro que en estas últimas reformas legales no se ha preparado una documentación previa tan cuidada y completa como los «Informes del Seminario» que reuniera el equipo presidido por el profesor LACRUZ para preparar la Compilación de 1967, y que ha publicado el Justicia de Aragón en 1996.

⁹ Esto lo he explicado en mi trabajo «El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España», en el libro colectivo *Los derechos históricos y la España viable*, que es un número extraordinario de la Revista *Ius Fugit*, 2007-2008, n.º 15, aparecido en 2009, pp. 115 a 120.

de la tarea de legislar sobre el Derecho civil, era la de esperar a tener sólidos estudios monográficos sobre las principales instituciones del Derecho aragonés¹⁰. Y este posible requisito sólo a medias se cumplía cuando se inició la etapa de reforma legislativa del Derecho civil aragonés en 1996. Veremos en este trabajo que, en mi opinión, la técnica jurídica del Apéndice aragonés de 1925 fue razonablemente buena y que tuvo mucho mérito a la vista del panorama normativo oscuro y muy complejo y arcaico que tuvo que enfrentar. La Compilación aragonesa de 1967 fue una buena obra continuista del Apéndice que consiguió una gran técnica jurídica y mejorar incluso la de su modelo de 1925. En cuanto a las leyes dictadas entre 1999 y 2006, considero muy modesta la Ley 6/1999 sobre parejas de hecho; considero ley sin buena técnica y que globalmente más bien empeora la regulación anterior la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte; y me parecen leyes con buena técnica en general, pero acaso excesivamente prolijas y con muy poca regulación innovadora sobre lo que ya existía en el Derecho aragonés o en el supletorio del Código civil, las leyes 2/2003, sobre régimen económico del matrimonio y viudedad y la 13/2006, sobre Derecho de la persona. Habrá que darles tiempo, con todo, a todas estas leyes, para comprobar su funcionamiento y grado de aceptación social.

Poco logrados me parecen, por otra parte, los preámbulos de todas estas leyes aragonesas mencionadas, con exceso de autocomplacencia sobre el valor del Derecho aragonés histórico y actual, y con una visión demasiado ahistórica, que omite la decisiva trascendencia en este trabajo explicada posteriormente del Apéndice aragonés de 1925, expresión al fin y al cabo de la Codificación general española, y luego omite también la trascendencia de la Constitución, mientras que se pierde en una demasiado prolija y excesiva explicación de los múltiples preceptos redactados o retocados o introducidos por el actual legislador aragonés. No se manifiesta gratitud alguna a la Codificación ni a la vigente Constitución, que apenas se mencionan, y que aportaron los muros maestros de la actual sociedad aragonesa, ni se menciona el carácter estamental o feudal de la sociedad del antiguo reino de Aragón y, en cambio, tiende a embellecerse y sobrevalorarse casi todo lo que queda hoy vigente proveniente del mismo. Se trata, en fin, de unos prólogos muy pobres en cuanto a lo que podríamos considerar la justifica-

¹⁰ Con similar recomendación termina también su reflexión de 1988 el profesor DE LOS MOZOS, José Luis. Cfr. *Notas para una metodología de los Derechos forales*, en su libro *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, 1988, p. 188. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, ha recordado también las ideas de LACRUZ mencionadas en el texto para aconsejar contención, medida y estudio previo en las reformas del Fuero Nuevo navarro. Cfr. *El Fuero Nuevo ante el siglo XXI: problemas y perspectivas*, en el libro colectivo *Presente y futuro del Derecho foral*, 1999, p. 118.

ción de los fundamentos ideológicos e históricos de los institutos que se regulan o que se mantienen. Se ha perdido una estupenda ocasión de hacer pedagogía histórica desde estos prólogos.

También el paso del tiempo nos irá mostrando si las nuevas regulaciones legales aragonesas tienen o no de verdad, según los foralistas o autonomistas suelen siempre proclamar que deba suceder, un muy bajo nivel de imperatividad, en comparación con el Derecho civil general español. Porque algunas de las normas recientemente establecidas podría decirse que en homenaje al *standum est chartae* puede que lleguen a tener muy poca vigencia práctica¹¹, mientras que parecen muy importantes en la práctica algunas de las reglas imperativas dictadas por el legislador aragonés¹².

Ya he explicado en otras ocasiones y con anterioridad que, en mi opinión, más que un número menor de normas imperativas que las que tiene el Derecho civil general español, según es muy común defender entre los civilistas autonomistas entusiastas, lo que de verdad diferencia al Derecho civil aragonés del Derecho civil general español, es que tiene unas normas imperativas diferentes (piénsese en lo mucho que limita la libertad de disponer la viudedad universal, en cada una de sus dos fases, o el consorcio foral, aparte de la legítima, concebida como *pars bonorum* y con una rigurosísima prohibición de gravámenes, por ejemplo, o pese a su infrecuente uso, los mismos pactos sucesorios, que excluyen hacia el futuro para los mismos bienes la libertad de testar del dueño, etc), dado que se inspira en unas nociones de contrato, testamento o incluso de propiedad un poco distintas de las que el Código civil español recibió de la gran codificación francesa, de inspiración fuertemente individualista y romanista.

Por otra parte, pese al nocivo temor genérico a disminuir el ámbito del Derecho civil aragonés que parece inspirar siempre al legislador aragonés, las leyes aragonesas de la nueva etapa han suprimido, y creo que con acierto, la regulación de algunos viejos

¹¹ Por ejemplo, las normas de la Ley 1/1999 que amplían el ámbito de los pactos sucesorios, la fiducia o el testamento mancomunado a personas ajenas a la familia del disponente. Cfr. arts. 62, 65, 66, 102, 124 y 125. Si la gente era ya poco amiga hasta ahora de mermar su libertad futura a favor de algún familiar próximo, tiendo a pensar que menos va a serlo en el futuro de hacerlo a favor de personas extrañas.

¹² Por ejemplo, el artículo 3-2.º de la Ley 2/2003 y las cinco importantes normas imperativas a las que se remite dicho precepto. Y esta Ley 2/2003 ha mantenido, aunque relajando un tanto su imperatividad y eficacia, el derecho expectante de viudedad. O el mantenimiento de la legítima por la Ley 1/1999. O el artículo 5-1.º de la Ley 6/1999, sobre Parejas Estables no Casadas. O véase una Ley aragonesa con normas civiles fuertemente imperativas en la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, sobre medidas urgentes de política de Vivienda Protegida. En fin, la Ley 13/2006 sobre Derecho de la persona tiene muchas normas imperativas, concede fuertes poderes de control a los jueces, y tiene un nivel general de imperatividad no muy distinto del de las regulaciones correspondientes del Código civil.

institutos o ideas del Derecho aragonés, como el testamento ante capellán, el recobro de dote y la firma de dote, la comunidad conyugal continuada, el carácter del consorcio conyugal aragonés de ser formalmente una comunidad de muebles y ganancias (convirtiendo a la comunidad legal conyugal en un típico régimen de gananciales), etc. Todo lo cual convierte ya en insignificantes las peculiaridades del Derecho aragonés en materia de régimen económico del matrimonio (excepto la subsistencia, algo dulcificada por la Ley 2/2003 en sus efectos, del derecho expectante de viudedad) y podría ello constituir un indicio de que, pese a la incesante extensión legislativa y a la invocación de la retórica política de la continuación y desarrollo del Derecho aragonés histórico, en realidad el legislador aragonés está en bastantes ámbitos, y con buenas razones, acelerando el distanciamiento con el verdadero Derecho aragonés histórico y propiciando el acercamiento al Derecho civil general español¹³. Lo que ha crecido mucho desde 1999, en relación a la Compilación de 1967-1985, es el número de normas aragonesas importadas o trasladadas desde el Derecho civil general solo que con redacción ligeramente retocada.

En otros ámbitos, en cambio, y puesto que no se ha hecho en Aragón un debate sobre los fundamentos ideológicos del Derecho aragonés, entiendo que las nuevas leyes aragonesas dictadas desde 1999 hasta 2006 han seguido arrastrando todavía el lastre de varios institutos y preceptos procedentes del antiguo régimen y de la vieja familia patriarcal campesina, que hubiera sido mejor suprimir o reducir en su alcance. En algunos en los que se ha reducido el alcance, como el derecho expectante de viudedad o el consorcio foral, creo que se ha pecado de timidez, porque lo que procedía, en mi opinión, era directamente la supresión. Y acaso lo mismo con la sucesión intestada troncal o hasta con los pactos sucesorios. En lo ideológico, por la falta de un verdadero debate previo, el Derecho aragonés legislado a partir de 1996 ha resultado un tanto amorfo y con bastantes contradicciones internas. El ordenamiento aragonés articulado por las leyes que han ido apareciendo a partir de 1999 presenta excesiva coincidencia todavía, en mi opinión, y salva la

¹³ El profesor DE CASTRO, que era partidario de la unificación del Derecho civil español según *«una idea católica y española de la vida»*, ya advirtió en 1949 que los políticos catalanes, una vez conseguido el Estatuto de Cataluña bajo la Segunda República, demostraron no necesitar ya a su Derecho foral como ocasión de afirmaciones separatistas, ni como prueba del hecho diferencial, e hicieron leyes que muestran que pensaban que su Derecho foral era un *«objeto de guardarropía medieval, bueno para ser conservado en los museos, pero no para ser utilizado por un pueblo moderno y progresivo»*. Cfr. *Derecho civil de España*, Editorial Civitas, Madrid, Tomo 1.º, 1984 (1949), pp. 233-234 y 243. SALVADOR CODERCH, Pablo, ha defendido, con todo, que las leyes catalanas de la Segunda República respetaron la tradición jurídica catalana en mayor medida que la que se suele reconocer. Cfr. *La Compilación y su historia,...*, 1985, pp. 204 a 206.

inevitable adaptación a la Constitución, con el ya en su tiempo reaccionario Proyecto de Gil Berges de 1904, como si en el siglo xx no hubiera pasado nada y este siglo no nos hubiera dejado ninguna enseñanza a los aragoneses. Con la terminología de De Castro que acabo de citar en nota, y que resumía así su visión de las ideas de los autonomistas catalanes de los años treinta, bien se podría afirmar que las nuevas leyes aragonesas de 1999 a 2006 mantienen todavía vigentes algunos objetos de guardarropía medieval poco aptos para un pueblo moderno y progresivo.

Algunos de esos objetos de guardarropía medieval se recogieron ya en el Apéndice de 1925 y otros, como el consorcio foral, se recuperaron después (1967), manteniéndose casi todos luego en la etapa de 1999-2006. Este mantenimiento por nuestro legislador de institutos protectores de la vieja familia rural y patriarcal es más erróneo o menos defendible hoy que en 1967, porque en aquella fecha la familia patriarcal campesina estaba terminando de extinguirse en un marco legal político capitalista pero de teórica inspiración cristiana ultraconservadora, y hoy hace tiempo que está extinguida aquella familia tradicional campesina y el marco político general es democrático y aconfesional y de concepciones urbanas y liberales. Además, en algunas de estas regulaciones de origen tradicional (pactos sucesorios; incluso fiducia) el legislador aragonés se ha arriesgado, acaso poco prudentemente, a dictar una regulaciones prolijas y artificiosas sin la apoyatura suficiente de una amplia y real experiencia histórica contrastada ni de una doctrina y jurisprudencia suficientemente cuajadas y maduras y aun suficientemente estudiadas y conocidas. La sociedad del actual Pirineo aragonés no tiene ya nada que ver con la vieja sociedad rural de la familia patriarcal altoaragonesa. La amplia y expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés que arranca de 1996 y empieza a concretarse en 1999, obra de juristas más o menos eruditos, ha dejado pendiente, en suma, en mi opinión, la modernización ideológica y adaptación a la sociedad actual del Derecho civil aragonés¹⁴.

¹⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., que ha profesado siempre gran respeto y admiración por los Derechos forales, en tanto que impregnados por los valores familiares más tradicionales, entre otras razones, afirmaba en 1982, al inicio de la etapa de los parlamentos autonómicos, que en ese momento los Derechos forales estaban sometidos a una amenaza política más grave que la que podía venir del Estado centralista, con el riesgo entonces, según él, de ser radicalmente transformados con «*modelos mentales creados con caldo de cabeza*», lo que podría llevar a destruir «*un modo de vivir, de pensar o incluso de ser*». Cfr. su obra recopilatoria *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 556-557. Al menos en Aragón ese pronóstico temeroso del tan conservador jurista, defensor aún en buena medida del antiguo régimen, no se ha hecho realidad, y el legislador aragonés de 1999-2006 ha demostrado, respecto de casi todos los institutos tradicionales del Derecho aragonés, como explico en el texto, una actitud muy conservadora y hasta casi inmovilista.

2. VALORACIONES DISTINTAS SOBRE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Una discrepancia similar y paralela a la explicada en el epígrafe anterior relativo a la política legislativa reciente en Aragón he sostenido en mis últimos trabajos sobre el Derecho aragonés, frente a la doctrina más habitual, también respecto del importante asunto del significado y alcance de la codificación del Derecho civil aragonés. He explicado en esos trabajos que existe entre los juristas iusprivatistas aragoneses como una exigencia difusa y ambiental, pero difícil de contradecir por lo que voy comprobando, y de fondo más bien ideológico que técnico jurídico, en el sentido de presuponer que todos tenemos que compartir, por el mero hecho de ser aragoneses, los planteamientos que podemos denominar costistas y favorables a la expansión mayor posible y a la diferenciación acaso también la mayor posible del Derecho civil aragonés respecto del Derecho civil general español. Este sería, por así decir, el pensamiento políticamente correcto en Aragón, el favorecido por la cómoda inercia, y del que, al parecer, antes de mis trabajos, no se ha apartado nadie, al menos en obra publicada y negro sobre blanco.

Este pensamiento habitual o políticamente correcto en Aragón sobre la codificación del Derecho civil aragonés conviene desglosarlo en dos o hasta tres aspectos o cuestiones, relacionados con la valoración que suele dar la doctrina sobre los siguientes hitos históricos de la mencionada codificación aragonesa. En primer lugar, sobre el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881; en segundo lugar, sobre el Proyecto de Apéndice de Gil Berges de 1904; y en tercer lugar, sobre el significado y valor del Apéndice foral de 1925. Veamos primero lo que se suele opinar o afirmar sobre todo ello, para explicar posteriormente mis opiniones.

Las Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881 son prácticamente desconocidas por todos en su contenido y significado sobre los que se guarda silencio por la doctrina aragonesa habitual o no se hace ninguna valoración plausible y mínimamente informada o cuidada¹⁵. Creo que, lamentablemente,

¹⁵ Lo demuestra la conferencia publicada en 1997 de BELLIDO Y DIEGO MADRAZO, Daniel, y MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, titulada *La reforma del Derecho civil aragonés. El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881*, y publicada en las «*Actas de los Sextos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*» (Encuentros de 1996), 1997, pp. 7 a 33. La Conferencia y las intervenciones del coloquio correspondieron en la práctica solo a BELLIDO, quien explicó detalles sobre la organización minuciosa del Congreso, y aspirando a que todos los abogados y juristas aragoneses de entonces pudieran participar, y sobre mucha información relativa al Congreso que está en los archivos del Colegio de Abogados de Zaragoza. Pero el autor, imbuido de las ideas autonomistas y foralistas al uso,

ni siquiera el maestro Lalinde, el jurista que más Derecho aragonés histórico ha demostrado saber, llegó a conocer las Conclusiones del Congreso de 1880-1881 y a reflexionar sobre ellas. Estas Conclusiones se pueden conocer hoy cómodamente desde que en 2005-2006 han sido publicadas por la Institución «Fernando el Católico» en dos tomos bajo el rótulo de «*Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*». Antes se conocían por los estudiosos en el libro de Joaquín Costa «*La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*», editado en 1883 por la Imprenta de la Revista de Legislación en la «Colección Jurídica de Autores Españoles», Volumen 2.º, 536 pp. Libro que fue editado también dentro de una colección de obras completas de Costa por la Editorial Guara, en Zaragoza, en 1981, 542 pp. Pero es importante advertir que en el libro de Costa había diversas referencias dispersas a dichas Conclusiones, sin que tampoco se recogiera todas, lo que dificultaba mucho su localización y, sobre todo, una visión global del significado total y conjunto del mencionado e importante Congreso, en el que se inscribieron 270 juristas (abogados, casi todos) de esa época. Las pocas referencias que se encontraban en la doctrina aragonesa al Congreso de 1880-1881 casi siempre eran para recordar o explicar que, en el mismo, Costa defendió el papel central del principio *standum est chartae* y de la costumbre contra ley, lo que es cierto, pero resulta explicación radicalmente insuficiente sobre el significado global del importante Congreso¹⁶.

no explicó nada sobre las conclusiones ni sobre la ideología del Congreso, y hasta tendió a explicarlo, en el coloquio que siguió a la conferencia, deficientemente, como un hito más en el proceso histórico de preservación del Derecho civil aragonés. En el coloquio se discutió el muy interesante tema de si se podría hoy, como se hizo en 1880-1881 con cierto éxito, consultar a todos los juristas aragoneses, que son hoy millares. BELLIDO reflexionó sensatamente sobre las dificultades de un tal intento, aunque sin considerar las posibilidades que ofrecería hoy la informática para favorecer o hacer menos difícil el intento, que sería sin duda del máximo interés. En ese mismo Libro de 1997, DELGADO ECHEVERRÍA (cfr: pp.111-112) afirma erróneamente que las Conclusiones del Congreso de 1880-1881 se harían, a partir de 1889, una de las «referencias inexcusables» para las tomas de postura o peticiones en el sentido de pedir que se mantuvieran «todas» las instituciones tradicionales del Derecho foral aragonés. Y demostraba no ser consciente de que las Conclusiones del Congreso eran de ideología mucho más «centralista» o unificadora del Derecho español que el posterior Apéndice foral de 1925, aludiendo despectivamente a éste como «versión muy retocada y deficiente de lo que los juristas aragoneses habían propuesto tiempo atrás». Critico a DELGADO en el texto posteriormente. También MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, reconociendo con acierto que el nacionalismo político aragonés fue en el siglo XIX casi inexistente, afirma sin razón que fue fuerte en cambio, el sentido identitario y la reivindicación del Derecho propio por los iusprivatistas aragoneses del siglo XIX, lo que cree que viene demostrado por las Conclusiones del Congreso de 1880-1881. Cfr. *Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales*, Zaragoza, 2009, pp. 173-174.

¹⁶ Esto puede afirmarse, por ejemplo, del extenso, y en otros sentido muy cuidado trabajo, de DELGADO ECHEVERRÍA sobre el artículo 1.º de la Compilación aragonesa de 1967, donde no recoge las principales Conclusiones del Congreso de 1880-1881, por instituciones, que resumo en el texto. Cfr: los *Comentarios* a la Compilación dirigidos por

En cuanto al Proyecto de Apéndice de Gil Berges de 1904, fue un extenso Proyecto de 370 artículos con contenidos muy amplios e intentando recoger prácticamente todo lo que se conocía del Derecho foral aragonés, incluidas normas de Derecho patrimonial y ciertos pactos consuetudinarios altoaragoneses que se tomaban de Costa, así como una formulación de las fuentes del Derecho aragonés también de inspiración costista y completamente maximalistas y radicales en este punto, sobre todo en cuanto a la formulación del principio *standum est chartae*. Este Proyecto es elogiado por la doctrina aragonesa habitual, por su radical aragonesismo, y presentado como el antecedente histórico que mejor representa el pensamiento de la doctrina aragonesa. Como una especie de modelo de validez permanente y que se contraponen al Apéndice, presentado éste más bien como imposición del centralismo y correlativa renuncia del aragonesismo.

Por otra parte, en cuanto al Apéndice foral de 1925, la doctrina más habitual, la doctrina muy autonomista hoy preponderante, suele ser muy crítica con este cuerpo legal, acusándole de no haber reconocido las fuentes aragonesas más genuinas (principio *standum est chartae* y costumbre contra ley), lo que se ve como una gran mutilación, y presentando esta Ley de 1925 como opresiva del aragonesismo, y manifestación del centralismo injustamente uniformador y castellanizante, por haber recogido muy escasa y ciceramente, se suele afirmar, los institutos propios del Derecho tradicional aragonés. Además no es infrecuente calificar al Apéndice como una ley técnicamente mala o floja o muy inferior, al menos, en su nivel técnico, a la Compilación de 1967. Quizás hay que exceptuar aquí al maestro Lacruz, que creo fue siempre o casi siempre bastante prudente y respetuoso con el Apéndice de 1925, pero hay civilistas de autoridad, entre sus discípulos directos, como Sancho Rebullida y Delgado Echeverría que han vertido juicios muy duros sobre el Apéndice foral de 1925. Este último, por ejemplo, ha afirmado que el Apéndice de 1925 fue la «*magra, enteca y tardía respuesta que desde Madrid se dio a los deseos y aspiraciones de los aragoneses*», criticando duramente a dicho cuerpo legal

el profesor LACRUZ, Volumen 1.º, Editorial Trivium, 1988, pp. 109-110. En otro trabajo de 2005 DELGADO recoge solo algunas de las Conclusiones del Congreso, reconociendo que «algunas de ellas» (ya digo que, en realidad, era claramente el conjunto de ellas de tal sentido general) conectaban «con la ideología liberal codificadora compartida por los congresistas». Pero en sus razonamientos posteriores olvida el autor este hecho y no saca ninguna consecuencia importante para sus ulteriores valoraciones y afirmaciones. Minusvalora un Congreso que encaja mal con el pensamiento de tres décadas de explicaciones suyas sobre Derecho aragonés. Cfr: su «Estudio Preliminar» al libro *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*, Institución Fernando el Católico, CSIC, Zaragoza, 2005, Tomo 1.º, pp. 12 a 14.

porque, según él, le había mutilado de sus fuentes del Derecho tradicionales, y le habría privado del sistema que se contenía en los cuerpos legales históricos de los Fueros y Observancias, concibiendo al Derecho aragonés desde entonces casi como una suma de reglas dispersas y excepcionales y, explica Delgado, carentes de verdadero sistema.

Finalmente, caracteriza a la doctrina aragonesista habitual o preponderante una permanente tendencia a embellecer, a veces hasta la ingenuidad, y en inevitable contraste o contradicción con lo que cuenta del Derecho aragonés histórico la historiografía seria, toda norma o solución que provenga de los cuerpos legales históricos aragoneses o de las costumbres aragonesas, ciertamente éstas muy importantes en su tiempo. En lo prólogos de las leyes aragonesas de la última década es muy clara esta tendencia al embellecimiento de todo lo aragonés, que, llegando a veces a la ingenuidad, se tiende a presentar también, a veces, y no siempre con razón, como moderno o como avanzado para su tiempo. Nunca aluden estos prólogos o preámbulos legales, ni siquiera esta doctrina aragonesista hoy predominante, con un mínimo detenimiento o explicación, al carácter estamental o señorial o feudal, durísimo y cruel por cierto, de la sociedad aragonesa del antiguo régimen, ni reconocen la gran deuda de nuestro tiempo y nuestra actual sociedad con la revolución burguesa y la Codificación. Ni siquiera han destacado ni mencionado los aludidos prólogos legales el papel crucial de la vigente Constitución española de 1978.

Veamos, a partir de aquí, la respuesta que yo he dado a estas explicaciones y la interpretación que propongo sobre todo ello a la doctrina. En cuanto al Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881 lo verdaderamente esencial es que la ideología que inspiró las conclusiones adoptadas, tras seis meses de discusiones y votaciones de los juristas aragoneses, y con fuerte y sostenida participación que hoy puede llegar a sorprender, fue la de un fuerte acercamiento a las tesis centralistas de inspiración liberal burguesa según una ideología próxima a la de Manuel Alonso Martínez y de los otros juristas de la Restauración borbónica. Los juristas aragoneses de finales del siglo XIX, aunque rechazando una unificación total del Derecho civil español, estaban dispuestos a aceptar una profunda poda, incluidas bastantes supresiones completas de instituciones aragonesas, de muchos de los institutos más característicos del Derecho foral y tradicional aragonés. No se reconoce nunca esto con claridad en Aragón, pero basta leer con calma las conclusiones del Congreso. Y es importante también añadir que Manuel Alonso Martínez no llegó a conocer las Conclusiones aragonesas del Con-

greso de 1880-1881, por lo que fue un tanto engañado, al discutir en la Comisión General de Codificación con el erudito Franco y López, Barón de Mora, teniéndole por representativo de la opinión aragonesa mayoritaria, siendo que, como todos los eruditos y estudiosos de los Fueros y Observancias, era mucho más aragonesista que la mayoría de los juristas aragoneses de aquel tiempo, mejor representados por las Conclusiones del Congreso de 1880-1881.

Las Conclusiones del Congreso de 1880-1881 fueron, en esencia, las siguientes. Prefiguraron la noción hoy tan importante de vecindad civil; propusieron que la mayoría de edad de los aragoneses fuera la de 20 años, aunque respetando cierta capacidad asistida de los menores mayores de 14 años y la doctrina aragonesa tradicional de los «peculios»; la patria potestad debía corresponder al padre, aunque, muriendo éste, debía pasar íntegramente a la madre viuda; se propuso un Consejo de Familia ampliado que refundiese las ideas del regulado en el Proyecto de Código español de 1851 y en las costumbres aragonesas; desconfiaron de las donaciones de inmuebles entre cónyuges, que solicitaron fueran revocables (en época, no se olvide, de gran sometimiento jurídico y fáctico de la mujer al marido también en Aragón); no reclamaban regulación aragonesa sobre la tutela o la ausencia; reclamaban la supresión de las ventajas, del retracto de abolorio y de la comunidad legal continuada; se propuso un régimen matrimonial de gananciales frente al tradicional aragonés de muebles y ganancias; se rechazó la regulación castellana de entonces de los bienes parafernales de la mujer casada; se admitió la modificación postnupcial de los capítulos matrimoniales o los capítulos postmatrimoniales, pero limitando la libertad de los contrayentes y capitulantes por los entonces intocables poderes de gestión del marido de los bienes comunes; se propuso unánimemente, con toda razón, suprimir el consorcio o fideicomiso foral; en materia de legítimas se propuso una legítima muy robusta y exigente tanto en relación a los hijos y descendientes como, aunque ésta una legítima más leve y en usufructo, en cuanto a los ascendientes; se propuso suprimir la sucesión legal intestada troncal tradicional en Aragón, instituto protector de la vieja familia patriarcal; y respecto del testamento mancomunado y de los pactos sucesorios se propuso su esencial revocabilidad en ambos casos, lo que los hubiera prácticamente vaciado de su sustancia tradicional más genuina. La viudedad foral es el instituto tradicional que se pretendía mantener con mayor solidez, considerándola universal o extensible también a los bienes muebles, e irrenunciable constante matrimonio, y aunque limitando su efecto para proteger los derechos hereditarios de los hijos preexistentes del cónyuge premuerto

en casos de segundas nupcias. Lo que luego se denominaría «derecho expectante de viudedad» solo se pedía que se reconociese en el caso de inmuebles enajenados durante el matrimonio por razón de pago de responsabilidades derivadas de un delito cometido por uno de los cónyuges, y no, como hoy, como figura general y caracterizadora de la viudedad foral. Al margen del que acabaría siendo «derecho expectante de viudedad», propuso el Congreso, sin precedente en el Derecho aragonés histórico y con sentido progresista, que el marido necesitase el consentimiento de la mujer para enajenar bienes inmuebles comunes. Y en cuanto al Derecho patrimonial y de obligaciones, solo se pedía en las Conclusiones mantener algunas servidumbres especiales y algunos «*detalles*» aragoneses tradicionales de unos contratos que se aceptaba se regularan, en bloque, por el Derecho castellano. También la prescripción se quería que se regulase plenamente por el Derecho castellano.

Además, esa forma de pensar tan favorable a la Codificación tendencialmente unificadora de los juristas aragoneses en 1880-1881 no deja de tener lógica porque en ese momento histórico y tras las graves convulsiones y guerras experimentadas a todo lo largo del siglo XIX la nación española está ya bastante consolidada y fusionada y muy especialmente en Aragón. Al menos, vistas las cosas desde Aragón, baste recordar que muchos de los juristas que acudieron al Congreso de 1880-1881 podían perfectamente ser nietos, o incluso hijos, de personas que hubieran vivido en directo los terribles sucesos de los Sitios de Zaragoza de 1808 y seguro que quedaba en esas personas una memoria viva recibida por tradición oral de sus propios familiares de esos terribles y trascendentales hechos históricos. Un brillante jurista aragonés que puede simbolizar muy bien cómo los aragoneses del siglo XIX se sentían plenamente, y antes que nada, españoles, es Joaquín Escriche y Martín, nacido en la provincia de Teruel y formado en Zaragoza y que participó activamente en los Sitios de Zaragoza de 1808. Liberal y constitucionalista convencido, tuvo que exiliarse en Francia durante la «década ominosa», huyendo de Fernando VII. Escriche fue un notable intelectual. Tradujo a Horacio, a Jefferson, a Salgues y a Bentham y fundó en Madrid dos periódicos liberales de concepción muy avanzada. Su magnífico «*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*» conoció numerosas ediciones y tuvo perdurable influencia en España y en Hispanoamérica. Y recuérdese que también habían afectado a Aragón, tras la Guerra de la Independencia, en ciertas zonas y en cierta medida, las tres guerras carlistas. El carlismo fue fuerte en zonas del sur de Aragón, como el Maestrazgo, pero no en el conjunto de Aragón ni en Zaragoza, ciudad que en el siglo XIX fue

una de las ciudades españolas más progresistas y liberales, con valor estratégico para la Monarquía restaurada además, al separar, con Aragón en su conjunto, zonas de predominante influencia absolutista y del carlismo como Cataluña y Navarra.

Lo poco que debieron gustar las conclusiones del Congreso de 1880-1881 a Joaquín Gil Berges, que es quien lo había convocado, acaso explica –aunque tampoco ello se pueda asegurar del todo– que no se hayan publicado esas conclusiones durante muchísimo tiempo y que hayan estado prácticamente desconocidas por todos hasta hace muy pocos años (2005-2006). Por lo demás, lo que explico sobre las Conclusiones del Congreso de 1880-1881, podrá extrañar menos a quien recuerde que el muy centralista Proyecto de García Goyena de 1851 no encontró en su momento oposición foralista seria en Aragón, sino más bien lo contrario¹⁷.

En cuanto al extenso Proyecto de Apéndice de Gil Berges de 1904, redactado por una Comisión presidida por este jurista, que se sabe que tuvo un enorme protagonismo en la redacción del Proyecto, pese a su gran extensión, no es tan distinto, desde el punto de vista de los institutos civiles esenciales y de su regulación, del posterior Apéndice de 1925. No hay tanta diferencia entre ambos textos como pretenden los autonomistas entusiastas y creo yo que está más cerca de la razón o de la verdad la idea del profesor Lalinde Abadía de que el Proyecto de 1904 se tuvo muy en cuenta para redactar el Apéndice de 1925, al que inspiró muy considerablemente¹⁸. De modo que tanto la excesiva admiración por el Proyecto de 1904 como la enemiga o desprecio del Apéndice de 1925 se basan, ambos, en mi opinión, en buena medida, en el desconocimiento real de ambos textos históricos. Por lo demás, como antes

¹⁷ En el mencionado trabajo de DELGADO ECHEVERRÍA citado en la nota anterior sobre el artículo 1 de la Compilación aragonesa de 1967, sí que reconoce este autor que no hubo oposición foral aragonesa al Proyecto de 1851 y sí, en cambio, algunas adhesiones importantes de juristas aragoneses. *Cfr. Comentarios a la Compilación*, 1988, p. 107. La tesis, todavía hoy habitual en muchos libros y explicaciones, de que el Proyecto de 1851 había fracasado por la oposición de los foralistas de toda España, al ser dicho Proyecto muy centralista y afrancesado, ya la había criticado convincentemente SALVADOR CODERCH, Pablo, quien había demostrado que el mencionado Proyecto, emanación de la lógica liberal de las Cortes de Cádiz de 1812, debía valorarse más bien en su concreta evolución histórica como objeto de enfrentamiento entre los partidarios del antiguo régimen y los partidarios de la Codificación liberal. Sostuvo también el autor que en Cataluña la oposición al Proyecto lo fue de grupos concretos y en relación a la defensa de instituciones catalanas concretas, que habían sido torpemente reguladas en el Proyecto de 1851, que desconoció tanto el vigor como el significado mismo de dichas instituciones perjudicadas o amenazadas por la reforma legal en ciernes, lo que le llevaba al autor a considerar que el fracaso del Proyecto fue, en efecto, según se suele siempre afirmar, beneficioso para la cultura jurídica catalana. *Cfr. La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 9 a 118, y en particular, pp. 9 a 15, para las conclusiones aquí recordadas.

¹⁸ *Cfr.* de LALINDE su obra *Los fueros de Aragón*, 1976, p. 143.

he adelantado, la formulación del principio o brocardo *standum est chartae* tuvo en el Proyecto de 1904 (cfr. su artículo 4) un radicalismo que convertía la norma en completamente irrazonable, en mi opinión, al hacer en teoría desaparecer la noción misma de norma imperativa tanto la aragonesa como la supletoria. Lo cual sería absurdo y profundamente reaccionario en cualquier sociedad civilizada y era especialmente absurdo para un territorio europeo como Aragón en un momento histórico en que se estaba ya gestando la Revolución soviética y también una oleada de fuerte intervencionismo estatal que dominaría incluso (también en el ámbito del Derecho civil) la Europa capitalista y liberal, incluida España en su conjunto, durante muchas décadas.

En cuanto al significado y valor del Apéndice foral de 1925, la crítica referida de Delgado Echeverría de que fue la «*magra, enteca y tardía respuesta*» a las aspiraciones aragonesas solo podría mantenerse confundiendo a las aspiraciones de Gil Berges y otros pocos amigos suyos, más o menos eruditos, con las de todos o la gran mayoría de los juristas aragoneses, mucho mejor representados obviamente por las Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos de 1880-1881. Estas Conclusiones estaban bastante más cerca de lo que luego fue el Código civil que del Apéndice de 1925, que mantuvo, en rigor, casi todos los institutos aragoneses forales principales. De modo que contiene un grave desenfoque y error histórico la idea, por muy común que sea, de que el Apéndice de 1925 fue opresivo de los sentimientos y aspiraciones aragonesas. Lo que los textos y documentos, legislativos o prelegislativos, nos muestran es que, en todo caso, el Apéndice fue más bien opresivo de la muy generalizada aspiración a aproximar el Derecho de los aragoneses al Derecho general español y de inspirarlo en las concepciones liberal burguesas de entonces, con escasa nostalgia del pasado jurídico o legislativo del antiguo Reino y de su trasfondo señorial o feudal. Y una forma de demostrar esto es también el advertir de que la actual extensísima regulación del actual Derecho civil aragonés con sus cuatro leyes recientes y sus 527 artículos (leyes aragonesas 1/1999, 6/1999, 2/2003 y 13/2006) no contiene prácticamente ninguna idea jurídica aragonesa importante que no estuviera ya en el Apéndice de 1925. Los preámbulos de estas leyes aragonesas recientes quieren transmitir la impresión, igual que el Documento de 1996 sobre política legislativa, de que el Derecho aragonés quedó prisionero, tanto en 1925 como en 1967, del centralismo español y que eso es lo que estaba pendiente de rectificación, pero ya se ve que, desaparecidas las supuestas coacciones externas, el

legislador aragonés no ha sido capaz de inventar o aportar ideas nuevas de entidad a lo legislado en 1925 y 1967.

Delgado ha llegado a afirmar que Marceliano Isábal, prestigioso foralista aragonés que participó en la elaboración del Apéndice, debió tener remordimientos por las muchas renunciadas realizadas durante dicha elaboración¹⁹. Sin embargo, la verdad histórica es que Isábal consiguió introducir en el Apéndice, con la venia complacida de don Antonio Maura, principal artífice de este cuerpo legal, los principales institutos del Derecho foral aragonés que mantenían cierta vigencia y que recogían los breves manuales existentes por entonces de Derecho civil foral aragonés. A la vista de las Conclusiones del Congreso de 1880-1881, bien podría considerarse el Apéndice de 1925 como un serio retroceso histórico en la aspiración liberal de unificación de alguna manera del Derecho civil español. O como una ley opresiva o contraria a las aspiraciones aragonesas de acercamiento al Derecho civil castellano o de unificación del Derecho civil español. Que los actuales juristas se han olvidado ya, en gran medida, del rico contenido del Apéndice, se muestra también en que este cuerpo legal histórico apenas es mencionado en esos extensos preámbulos de las cuatro leyes civiles aragonesas (dos de 1999, una de 2003 y otra de 2006) en que se contiene hoy casi todo el Derecho civil aragonés vigente.

Por otra parte, también considero errónea y ahistórica la crítica de Delgado Echeverría al Apéndice de que supuso la pérdida del sistema que le otorgaba antes al Derecho aragonés la vigencia del completo cuerpo normativo de los Fueros y Observancias, lógicamente derogado por completo y expresamente desde el Apéndice, como correspondía a una ley, ésta de 1925, inspirada, al menos en sus aspectos formales y técnicos (no tanto en su contenido), en la ideología codificadora. Pienso más bien lo contrario que Delgado. Es completamente imposible reconocer un verdadero sistema normativo, entendido el concepto en su sentido moderno, en la arcaica y mal sistematizada Recopilación de los Fueros y Observancias de Aragón, sin duda un típica recopilación del antiguo régimen, bastante tosca e imprecisa además en sus formulaciones (latinas, casi siempre) con frecuencia, y en cambio se puede afirmar con sustancial verdad que el Derecho aragonés tuvo por primera vez un sistema legal (incompleto) sobre el Derecho de familia y de sucesiones desde el Apéndice foral de 1925. Este cuerpo legal creo que representó una mejora de las posibilidades de autointegración del Derecho aragonés y un progreso muy importante de la seguridad jurídi-

¹⁹ Cfr. el citado «Estudio Preliminar» de este autor a los Proyectos de Apéndice, 2005, tomo 1.º, p. 55.

ca de los aragoneses y el cambio, al redactarse en español y con técnica moderna, más fundamental de toda la historia del Derecho aragonés, acaso con la salvedad de la Constitución española de 1978 y sus consecuencias legales²⁰.

Consideremos ahora el aspecto del nivel de la técnica jurídica del Apéndice²¹. En este sentido, la calificación tan habitual como insatisfactorio del Apéndice de 1925 suele envolver de modo más o menos explícito una connotación despectiva respecto del nivel técnico jurídico de este cuerpo legal. Hay con todo, en la doctrina, diferencias y matices que conviene reconocer. Muchos de los que han criticado al Apéndice no están entre los juristas de más autoridad y, en ocasiones, sobre todo entre los juristas más jóvenes, incluso parecen seguir una inercia antigua, siendo bastante evidente en esos casos el escaso o superficial conocimiento del cuerpo legal por ellos enjuiciado. Sin embargo, los profesores Lalinde Abadía y Lacruz Berdejo no he encontrado que critiquen directamente el nivel técnico del Apéndice y más bien cabe afirmar que se refieren al mismo con bastante respeto. Además, el profesor Federico De Castro y Bravo, sin dejar de reconocerle defectos al texto legal de 1925, calificó expresamente al mismo como una buena e inteligente ley. Por mi parte, me he alineado claramente con la tesis elogiosa de De Castro, que me parece la más rigurosa.

Y todavía conviene explicar que don Antonio Maura y Montaner, aparte de político muy relevante que llegó a presidir el Gobierno español en cinco ocasiones y a ser ministro en tres²², fue el autor

²⁰ Ya se ve que presupongo en la explicación del texto un concepto amplio de la expresión codificación y de la idea de sistema legal, que me parece el útil para explicar lo que quiero explicar. En la doctrina se utilizan a veces una noción más estricta de codificación y de sistema legal. SALVADOR CODERCH, Pablo, por ejemplo, ha explicado que, partiendo del concepto de Código tal como cree que se originó y evolucionó a partir del Iluminismo Jurídico, ni siquiera la Compilación catalana podría considerarse un Código civil (parcial), y menos los Proyectos de Apéndice catalanes proyectos de un Código civil catalán. Sostiene que lo más que podría reconocerse respecto de la Compilación catalana es una «codificación de instituciones». Cfr. *La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, 1985, pp. 137 y ss. y, en particular, 143-144.

²¹ Acaso el trabajo de síntesis y valorativo más completo que existe en la doctrina sobre este cuerpo legal ya derogado es el que he publicado con el título «*El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y de la cuestión territorial en España*», en el libro colectivo «*Derechos históricos y la España viable*», que es un número extraordinario de la revista *Ius Fugit* de 2009.

²² La figura histórica de MAURA ha sido reivindicada recientemente, desde su gran autoridad, por Juan VELARDE, quien considera que el autor desde la idea regeneracionista de la «revolución desde arriba», supo dejar honda influencia positiva en la economía española, sabiendo acoger, probablemente, las enseñanzas del gran economista FLORES DE LEMUS, explicando también VELARDE que MAURA fue populista y apoyó el reformismo social, que fue escasamente liberal en lo económico, y que se apoyó en los partidarios del proteccionismo y en los regionalistas no separatistas, lo que encaja bien con su simpatía amplia y su actitud muy receptiva con las pretensiones de los eruditos aragonesistas en el tema del Apéndice foral de Aragón. Cfr. de VELARDE su libro *Cien años de economía española*, Editorial Encuentro S.A., Madrid, 2009. pp. 73 a 95.

principal del Apéndice de 1925 y era jurista a quien cabe reconocer muy sólida formación y prestigio, y que presidió durante varios años la Comisión General de Codificación²³. Se ha atribuido a Maura, además, que tuvo siempre un gran interés y respeto por los Derechos forales, sabiéndose que don Felipe Clemente de Diego, miembro junto a Maura de la Comisión de Codificación, dejó escrito con evidente admiración hacia Maura, aparte de algún otro rotundo elogio directo, que él había sido capaz de formular en un solo verano el articulado del Apéndice, un borrador que luego los miembros de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación estuvieron discutiendo, Clemente de Diego incluido, nada menos que durante tres años consecutivos²⁴. Bien podemos considerar a Maura un digno sucesor del espíritu flexible y tolerante con los Derechos forales que había representado, al menos al final y en los momentos decisivos, Manuel Alonso Martínez.

De modo que, siendo una buena ley el Apéndice de 1925, tuvo mucho mérito el maestro Lacruz Berdejo y los otros juristas del Seminario dirigido por él que, en un encomiable esfuerzo de siete años, consiguieron mejorar significativamente, en la Compilación de 1967, la técnica, ya buena, como explico, del cuerpo legal de 1925. Pero reconocido ello, tampoco se debería olvidar que era más sencillo mejorar una ley moderna y ya buena en sí, que extraer del maremágnun, tosco bastantes veces, asistemático y redactado casi siempre en un modesto latín, del cuerpo legal de los Fueros y Observancias de Aragón, una buena ley, como sin duda lo fue el Apéndice de 1925. En el plano de la buena técnica legal conseguida por el Derecho civil aragonés tiendo a pensar que tenemos una deuda con Maura tan grande como la que tenemos con el maestro Lacruz.

Hagamos alguna alusión también a la señalada tendencia de la doctrina autonomista más entusiasta de intentar embellecer el

²³ Conviene advertir que don Antonio MAURA tiene publicados siete tomos de Diccámenes que, según aquéllos que los han leído o manejado, se suelen considerar de estu-penda calidad. Cfr. MARTÍNEZ VAL, José María, «Grandes juristas: Antonio MAURA Y MONTANER», separata editada en Valencia en 1990 de la Revista General de Derecho, n.º 548, pp. 3987 a 3995.

²⁴ Tanto la afirmación del «amor» (sic) y respeto que sentía Maura por los Derechos forales como la doble afirmación elogiosa respecto de él de Clemente DE DIEGO que reco-jo en el texto las he tomado de MARTÍN RETORTILLO, Cirilo, en su trabajo «Maura, juris-consulta», en separata de 22 pp., publicada en 1954, y sacada de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 11 a 14. Esta buena disposición de don Antonio MAURA hacia los Derechos forales y hacia políticas regionalistas no ha sido recogida o mencionada por SALVADOR CODERCH, Pablo, en su esmerada descripción de los ante-cedentes históricos de la Compilación catalana de 1960. Cfr. L Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes, 1985, pp. 137 y ss. Incluso a la habitual agudeza de LALINDE para atrapar los datos históricamente relevantes le pasó desapercibida esta simpatía de Antonio MAURA por los Derechos forales, aunque sí recordaba el gran historiador que éste había sido el autor del Proyecto de Apéndice de 1923. Cfr. *Los fueros de Aragón*, 1976, pp. 143 a 146.

Derecho histórico aragonés y el sistema político y legal aragonés del antiguo régimen. Como he adelantado anteriormente, esta doctrina hoy predominante tiende a olvidar, o a no explicitar, el carácter estamental o señorial del Aragón del antiguo régimen, y la omnipresente presencia de un Cristianismo intolerante y excluyente en el mismo, con lo que oculta dos aspectos decisivos de nuestra historia más real. Primero que, como explica la mejor doctrina histórica (Lalinde, entre otros), la menor romanización del Derecho aragonés que la de otros territorios hispánicos y el retraso histórico en la escasa romanización del Derecho aragonés se debió, sobre todo, no a la ingenua idea de Costa de un gran amor a la libertad desde siempre de los aragoneses, sino a la presión de los señores y de la alta nobleza frente a los reyes y a sus juristas, que hubieran querido, pero no pudieron, incrementar esa posible romanización, más acorde sin duda con sus gustos y con sus intereses estratégicos²⁵. Segundo, y creo que no sin relación con lo anterior, que el régimen señorial aragonés fue durante siglos brutal y durísimo, defendiendo los señores tenazmente y durante siglos sus poderes «jurisdiccionales» y su derecho a matar a los vasallos en determinadas circunstancias, circunstancias que sin duda valorarían ellos mismos con amplia arbitrariedad en la práctica. La brutalidad de ese régimen señorial está bien simbolizada en el Acto de Corte de 1562 estableciendo la pena de muerte para todo vasallo que se «apellidare» «Libertad», o incluso para quien indujese a otro a ponerse ese nombre, incluso si con intento infructuoso de ello²⁶. Pueden recogerse testimonios de gran autoridad de juristas, ilustrados o intelectuales buenos conocedores de la realidad social aragonesa desde el siglo XVII al XIX que reconocieron esa realidad siniestra del régimen señorial aragonés durante siglos, afirmándose por algunos de estos solventes testimonios que en Aragón vivían peor los vasallos que los esclavos²⁷. Los historiadores explican que esto y el mayor vigor de los valores señoriales y medievales en Aragón

²⁵ Cfr. sobre ello mi libro *Mito y realidad del standum est chartae*, 2009, nota 61, pp. 59 y 60, donde cito a LALINDE ABADÍA y a otros historiadores y civilistas de autoridad.

²⁶ Cfr. este Acto de Corte en los *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, Edición de P. SAVALL y S. PENEN, Zaragoza, 1866, Tomo 1.º, p. 441.

²⁷ En mi libro «Mito y realidad del standum est chartae» he recogido los testimonios de MONTEMAYOR DE CUENCA (1664); del ilustrado Ignacio DE ASSO (1798); y de Melchor de MACANAZ (1879). Cfr. el citado libro, 2009, nota 45, pp. 48-49. Puedo añadir hoy, en el mismo sentido, el muy autorizado y bien argumentado testimonio de Manuel DÁNVILA Y COLLADO (1881), *Las libertades de Aragón. Ensayo histórico, jurídico y político*, Madrid, Imprenta de Fortanet, 1881, Edición facsimilar de 2007, pp. 116 a 119. Es curioso que este último autor, apoyándose en la opinión de los señores MARICHALAR Y MANRIQUE, sostuviera (cfr. pp. 417-418), con opinión en la que casi un siglo después vendría a coincidir LALINDE ABADÍA, que, en línea general, cuando coincidían el Rey aragonés y la nobleza del Reino, aumentaba la opresión del pueblo y que, cuando se enfrentaban el Rey y la nobleza, el pueblo aragonés salía beneficiado u obtenía mayor grado de libertad.

hasta el siglo xvii se debió al retraso en la formación de la burguesía y a la debilidad de ésta y al gran retraso económico y cultural respecto de otros territorios vecinos, como Cataluña o Valencia²⁸.

3. VALORACIONES DISTINTAS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO ARAGONÉS

Según el artículo 1.º, apartado 1, de la Compilación aragonesa: «*Las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico*». Según el apartado 2 del artículo 1.º: «*El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan*».

Según el artículo 2.º, apartado 1: «*La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*». Y según el apartado 2.º del artículo: «*Los tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes*».

Según el artículo 3.º de la Compilación: «*Conforme al principio standum est chartae, se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*».

Esta regulación, actualmente vigente, de las fuentes del Derecho civil aragonés, proviene en su estructura esencial de la redactada en la Compilación aragonesa de 1967, pero con dos reformas de cierta entidad por dos leyes, como la Ley de 16 de mayo de 1985, la primera de ellas, y por la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, la segunda. El Preámbulo de esta Ley 1/1999 explica que la nueva redacción que dio a los artículos 1 a 3 de la Compilación solo fue una reforma de detalles y para aclarar mejor su sentido ya existente desde 1967. Creo, sin embargo, que fue, en realidad, una reforma de bastante trascendencia, y en el sentido de oscurecer y empeorar la técnica de la versión anterior de 1967-1985 que reformó.

²⁸ Cfr. por ejemplo, el libro de COLÁS LATORRE, Gregorio, y SALAS AUSÉNS, José Antonio, *Aragón en el siglo XVI. Alteraciones sociales y conflictos políticos*, Departamento de Historia Moderna, Universidad de Zaragoza, 1982, 664 pp. y, en particular, pp. 46 a 59, 111, y 150 a 152, además de en la Introducción de ese libro. Recogí esta importante cita, de donde también recogí el Acto de Corte de 1562 que cito en el texto, en mi libro sobre el *standum est chartae*, 2009, p. 48, nota 45.

Por razones del limitado espacio que el presente trabajo tiene que tener no puede entrarse aquí a fondo en la compleja explicación de la problemática de las fuentes aragonesas y ni aun en un somero resumen de lo que pienso sobre dicha problemática. Debo remitirme, por tanto, a la explicación que he dado sobre ello en mi monografía «*Mito y realidad del standum est chartae*» del año 2009. Aparte de este libro, no es mucha la doctrina que existe sobre este difícil tema de las fuentes del Derecho civil aragonés. La principal, respecto de la versión de la Compilación de 1967 reformada en 1985, el comentario que escribieron respecto de los artículos 1, 2 y 3 de la Compilación, respectivamente, los profesores Delgado Echeverría, Sancho Rebullida y Lacruz Berdejo. Entre los comentarios de estos tres profesores se escribieron doscientas páginas del libro «*Comentarios a la Compilación aragonesa*», dirigidos por Lacruz Berdejo, y publicados en ese su primer volumen en 1988. Respecto de la versión de esos preceptos de la Compilación tras la reforma legal de 1999 solo contamos, aparte de mi citada monografía, con una explicación más breve y descriptiva del profesor Delgado Echeverría sobre los tres artículos de la Compilación mencionados y recogida en las tres ediciones del «*Manual de Derecho civil aragonés*», de los años 2006, 2007 y 2009. El Manual es una obra colectiva del profesor Delgado y sus discípulos, obra dirigida por él, que es también quien ha escrito esta parte inicial del Manual relativa a las fuentes del Derecho civil aragonés.

Los tres artículos primeros de la Compilación aragonesa aluden en cierto modo a tres o, acaso, cuatro fuentes del Derecho civil aragonés: la ley civil aragonesa; la costumbre, incluida la contra ley dispositiva; los principios generales tradicionales del Derecho aragonés; y el que parece que se califica como «principio» (acaso principio general) «*standum est chartae*». Comparadas estas fuentes con las del artículo 1.º del Código civil, las más originales son la costumbre contra ley dispositiva y el principio o brocardo «*standum est chartae*». Pues bien, la citada doctrina aragonesa más autorizada y habitual (Lacruz Berdejo; Sancho Rebullida; Delgado Echeverría) defendió en 1988, aunque sin indagación jurisprudencial, ambas fuentes más originales como un legado de Joaquín Costa que había finalmente triunfado, tras un éxito solo parcial en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, en la Compilación de 1967. Esta Compilación fue redactada, como se sabe, por un equipo de juristas aragoneses dirigido por el profesor Lacruz y supervisada desde Madrid por la Comisión General de Codificación entonces presidida por el también aragonés José Castán Tobeñas. La explicación más reciente sobre las fuentes del

Derecho civil aragonés del profesor Delgado en el Manual que ha escrito junto a sus discípulos, a partir de 2006, es de signo continuista con la de 1988 de los tres profesores citados, aunque radicalizada en su aragonesismo en ciertos aspectos.

En mi monografía de 2009 he criticado las fuentes aragonesas más peculiares (costumbre contra ley dispositiva y «*standum est chartae*») hasta el punto de considerar mejor su supresión futura y que los aragoneses quedásemos bajo un esquema de fuentes como el del Código civil, que creo superior y más coherente con un Derecho codificado. En cuanto a la costumbre contra ley (dispositiva) porque me parece que Joaquín Costa se limitó a ensalzar una fuente del Derecho propia del Antiguo Régimen y, más en particular, del Derecho esencialmente consuetudinario y muy antiguo del Alto Aragón que Costa conoció y describió con gran acierto, pero fuente, esta de la costumbre contra ley, en mi opinión, incoherente con los presupuestos ideológicos y técnicos del Derecho civil aragonés ya codificado.

En cuanto a mi crítica al *standum est chartae*, sigo la estela y las enseñanzas del maestro Lalinde Abadía, quien había criticado que la Compilación aragonesa de 1967 hubiese convertido en la «*estrella del ordenamiento*» a un brocardo ambiguo, y había señalado que las observancias del siglo XIV que recogían diversas redacciones del brocardo en realidad más bien habían sido y se habían considerado durante siglos como una regla de hermenéutica y restrictiva del alcance de los documentos y de las normas, o acaso, en la antigüedad más remota, como una regla procesal. La idea de Costa de que el brocardo hubiera sido en Aragón durante siglos una especie de amplísimo y caracterizador principio de autonomía de la voluntad no le parece creíble al gran historiador, quien además había advertido, como otros juristas e historiadores, que sí caracterizó al antiguo régimen una amplísima autonomía de la voluntad entre los particulares, en particular en materia de capítulos matrimoniales, pero no solo en Aragón, sino en casi toda Europa. Por tanto, sí que hubo en Aragón históricamente amplísima autonomía de la voluntad en la organización de las familias y de los patrimonios familiares, pero sin que ello tuviera nada que ver con el brocardo *standum est chartae*. Y sí que hubo durante muchos siglos unas costumbres contra ley (imperativas, incluso, diríamos hoy) muy pujantes en el Alto Aragón del antiguo régimen, en ambientes rurales y de familias patriarcales, pero creo que no tiene sentido intentar prolongar eso (tímidamente: lo contradicho o desplazable válidamente hoy por la costumbre aragonesa en teoría,

desde la Compilación de 1967, es solo la ley dispositiva) tras la codificación moderna, desde 1925, del Derecho civil aragonés.

Joaquín Costa sabía muy poco Derecho aragonés histórico y su reiterada afirmación, e idea central de su discurso, de que el «*standum est chartae*» había sido «*el alma de los Fueros y Observancias*» es, parece, y sin descartar que la investigación histórica futura permita hacer matizaciones a esta idea, históricamente falsa, aunque consiguiera engañar a un jurista de tanta categoría como mi maestro, el profesor Lacruz, y tras él a todo su equipo del Seminario que elaboró en los años sesenta del pasado siglo la Compilación de 1967. Ya lo había advertido, por lo demás, el error o la fragilidad de la explicación costista en este punto, la sabia opinión del profesor Lalinde, a quien han venido a dar la razón posteriormente, entre otras, investigaciones nuevas de Morales Arizabalaga y, sobre todo, media docena de libros con centenares de documentos antiguos de capítulos matrimoniales altoaragoneses y otros documentos del antiguo régimen en Aragón, en los que no aparece nunca recogida la idea del *standum est chartae* como supuesto principio o regla de autonomía de la voluntad. Estos importantes libros de investigación han sido editados por el Justicia de Aragón, y escritos por Manuel Gómez de Valenzuela²⁹. En particular, es seguro también que durante el tramo del siglo XIX anterior al Congreso de 1880-1881 fue completamente hegemónica en la doctrina foralista aragonesa la concepción del *standum est chartae* como una mera y modesta regla de hermenéutica y de interpretación restrictiva de normas escritas o, posteriormente, de documentos³⁰.

Un problema al menos en teoría muy grave que plantea el artículo 3 de la Compilación y su formulación del brocardo *stan-*

²⁹ Unos cuantos de estos importantes libros con documentación histórica esencial de Manuel GÓMEZ DE VALENZUELA, aunque no todos los escritos por él, los he citado en mi monografía *Mito y realidad del «standum est chartae»*, 2009, pp. 48 y ss. Entre los libros de este autor que no cité entonces pero que hubiera podido citar en el mismo sentido argumental, están, por ejemplo, *Capitulaciones matrimoniales de Jaca (1420-1791)*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 361 pp.; y *Capitulaciones matrimoniales del Somontano de Huesca (1457-1789)*, El Justicia de Aragón, 2006, pp. 349.

³⁰ Cfr. la doctrina del siglo XIX que, a título de ejemplo, cito en mi libro *Mito y realidad del standum est chartae*, 2009, p. 58, nota 59. Hoy puedo añadir además la cita completa del libro de Manuel DANVILA Y COLLADO titulado *Las libertades de Aragón. Ensayo histórico, jurídico y político*, editado en Madrid, Imprenta de Fortanet, 1881, 480 páginas. El autor, que sirvió la política de la Restauración de 1874, fue prestigioso abogado, miembro de la Comisión General de Codificación y Diputado a Cortes, y realizó un importante estudio histórico, bien informado y bastante elogioso con algunos de los reyes aragoneses, sobre todo con el rey Pedro IV, y con el funcionamiento general del Reino de Aragón, pero crítico con el feudalismo, la nobleza aragonesa y con su cruel régimen señorial. Lo que aquí interesa destacar es que en las 480 páginas del libro no se menciona ni una sola vez el principio o brocardo *standum est chartae*, que según Costa predicaba en el Congreso de 1880-1881 en esas mismas fechas de aparición del libro de DANVILA (1881: he manejado una edición facsimilar) era el principio esencial del Derecho (privado) aragonés histórico.

dum est chartae, sobre todo desde la (desafortunada, en mi opinión) nueva formulación legal que le dio la Ley aragonesa 1/1999, es el de determinar si las normas imperativas estatales supletoriamente aplicables en Aragón, o algunas de ellas al menos, pueden ser o no también imperativas en su aplicación en Aragón y no desplazables, por tanto, por el pacto o por la disposición unilateral. La respuesta negativa parecería desprenderse de la letra del artículo 3 y del Preámbulo de la Ley 1/1999 y ha sido argumentada, sin apoyo de estudio jurisprudencial, por Delgado Echeverría en el «*Manual de Derecho civil aragonés*» que ha dirigido y escrito con sus discípulos a partir de 2006. Por mi parte, he defendido la respuesta afirmativa a dicho interrogante, con extensos argumentos y estudio jurisprudencial, y viniendo a coincidir, en parte, con lo que, respecto de la versión anterior del artículo 3 de la Compilación aragonesa, había razonado el profesor Lacruz en 1988. El problema se plantea también, aunque éste tenga importancia práctica mucho menor, respecto de la costumbre aragonesa y del artículo 2 de la Compilación. En la línea de lo explicado, he defendido también que algunas normas imperativas estatales supletoriamente aplicables en Aragón, debe entenderse que puedan funcionar como normas imperativas al efecto de constituir un límite infranqueable para la costumbre aragonesa. Pero debe advertirse que en los últimos cuarenta años (desde 1967, más exactamente) no parece que nadie pueda citar una sola sentencia aragonesa en la que una costumbre haya desplazado una norma legal dispositiva. Las reflexiones y el estudio jurisprudencial que he realizado sobre todo ello creo que tienden a demostrar que las fuentes aragonesas introducidas por la influencia de Joaquín Costa (costumbre contra ley dispositiva; pretendido principio *standum est chartae*) tienen mucho de bandera política autonomista y que, sin embargo, no han arraigado verdaderamente, por su difícil encaje en un sistema codificado y legalista, en la práctica social y judicial de los aragoneses. Si se quiere, tienen hoy más de prefabricada «*seña de identidad*» aragonesa que de verdaderas fuentes del Derecho operativas y configuradoras de la aplicación del ordenamiento jurídico civil aragonés.

Finalmente, he cuestionado en mi reflexión sobre las fuentes aragonesas la existencia de unos verdaderos «*principios generales tradicionales*» del Derecho civil aragonés como los que menciona el artículo 1-1.º de la Compilación. Creo que resulta muy difícil determinar o aislar conceptualmente de forma convincente, sobre todo tras la vigencia de la Constitución de 1978, cuáles puedan ser esos supuestos principios generales en los que «*tradicionalmente se inspira el Derecho civil aragonés*», según la afirmación legal.

Creo que desde 1967 ni la doctrina ni la jurisprudencia, ésta en particular en ninguna sentencia, han realizado esa difícil y acaso imposible tarea. No veo factible que lo hagan tampoco en el futuro. Otra vez creo que estamos más ante una necesidad sentida por algunos de afirmación política de la autonomía o de la diferencia del Derecho aragonés respecto del Derecho general español que de la existencia real de unos verdaderos y diversos principios generales del Derecho como fuente efectiva y operante en la aplicación del Derecho civil aragonés.

4. VALORACIONES DISTINTAS SOBRE LA SIGNIFICACIÓN DEL LEGADO DE JOAQUÍN COSTA

Cuando Costa escribe su obra no está vigente todavía el Código civil y era supletorio del Derecho aragonés, desde el siglo XVIII, el Derecho castellano, aunque el autor no parece haber considerado un posible comportamiento diferente frente al pacto privado o la disposición unilateral de las normas imperativas aragonesas y de las normas imperativas castellanas. El autor presupone que ante norma imperativa, aragonesa o castellana, el *standum* se tiene que detener. La libertad civil o soberanía de los individuos es indivisible para él³¹, con una doble dimensión, primero hacia la política y el Derecho público, donde la consecuencia de ese principio radical de soberanía individual debía de ser la democracia liberal, y segundo hacia las relaciones particulares y familiares, donde la consecuencia del mismo debía ser la primacía casi siempre de la voluntad individual o familiar sobre la ley, que cuando era dispositiva representaba según él como la costumbre general o la voluntad generalizada de la sociedad, por una parte, y donde una consecuencia ulterior debía ser, explicaba, la prevalencia en principio de la costumbre frente a la ley.

Califica Costa la «carta» como «fuente primordial del derecho» y afirma que la misma es de «idéntica naturaleza» que las leyes públicas³², y a pesar de su machacona insistencia en la distinción entre normas imperativas y voluntarias o dispositivas, da una explicación bastante dispersa, imprecisa, simplista y difusa de tan problemática distinción entonces solo doctrinal. Lo que, no obstante, debe valorarse partiendo de que esta importante distinción doctrinal sobre las normas no estaba formada o consolidada en la doctrina española del siglo XIX; que no la acogió por ello el Código civil

³¹ Cfr. *La libertad civil...*, Editorial Guara, 1981 (1883), pp. 80 y 192.

³² Cfr. *La libertad civil...*, 1981 (1883), pp. 82 y 132-133.

de 1889 (cfr. su artículo 4 sobre la nulidad de actos contrarios a la ley); que parece distinción solo bien y definitivamente perfilada en la doctrina entre nosotros hacia mediados del siglo xx; y que solo se incorpora al Código civil en la reforma del Título Preliminar de 1973-1974, en el actual artículo 6-3.º del Código, al tratar de los actos contrarios a las normas «imperativas».

Aunque reconoce Costa con acierto la suma dificultad de esta distinción («*difícil y delicadísima*»), luego propone insistentemente³³ que el legislador en el futuro Código regule siempre, para cada institución por separado, y en secciones o apartados diferentes, las normas dispositivas y las imperativas. Y el que los fueros aragoneses no hubieran hecho esa separación sistemática que él recomendaba le parece que fue «*una imperfección gravísima*»³⁴. Esta aspiración de Costa me parece poco realista, tendencialmente orientada hacia regulaciones legales acaso demasiado rígidas³⁵ y un tanto demostrativa del simplismo de fondo que lastraba toda su construcción teórica, capaz de cierta brillantez en la polémica sobre las cuestiones de principio pero que no solía dejar traslucir en sus escritos un bagaje depurado y bien perfilado de conceptos civilísticos.

De modo que –reténgase el dato– el jurista que más ha influido en la configuración actual del Derecho aragonés en cuando a la pretendida conveniencia de que haya pocas normas imperativas razonó desde ideas sumamente generales y escasamente jurídicas, y no parecía tener él mismo, como tampoco la mayoría o la totalidad de los civilistas españoles de su tiempo, una noción jurídica rigurosa y bien perfilada de lo que debiera entenderse por norma imperativa. La falta de claridad de ideas de nuestro autor se percibe también en que Costa llamaba a veces a las normas imperativas normas «socialistas» o integrantes del «socialismo». Y tampoco parecía tener clara, por cierto, la noción de norma dispositiva, que veía, según una mentalidad muy decimonónica y ultraliberal felizmente superada por la buena doctrina del siglo siguiente, como necesariamente inspirada en la voluntad tácita de los destinatarios

³³ Cfr. *La libertad civil...*, 1981, p. 124; y *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Guara Editorial, 1984 (1880), pp. 138-139 y 154.

³⁴ Cfr. *Teoría del hecho jurídico y social*, 1984 (1880), p. 140.

³⁵ Sin llegar a separar en secciones las normas dispositivas y las imperativas, el artículo 3-2 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, enumera las normas contenidas en una serie de artículos del título correspondiente como normas imperativas, como si solo mediante dicha declaración expresa cupieran normas imperativas en el Derecho aragonés, lo que, si se llegara a afirmar en general, me parecería desde luego excesivo e irrazonable. Aunque esta Ley aragonesa 2/2003 está elaborada por una Comisión en la que había entusiastas seguidores de las ideas de COSTA, por las razones que explico en el texto, para entender correctamente el artículo aquí recordado es conveniente atenerse a las nociones de norma dispositiva y de norma imperativa que diera el profesor DE CASTRO, hoy compartidas por toda la buena doctrina, mejor que intentar tomar en serio las reflexiones al respecto de COSTA.

de la norma. En diversos lugares llega a exigir, sin sombra de razón, la «*aceptación tácita*» del destinatario de la norma dispositiva para la operatividad de ésta. O tiende a confundir o considerar equivalentes las nociones de norma dispositiva y de «*costumbre general*»³⁶. O denomina a las normas dispositivas normas «*supletorias*»³⁷.

Las ideas de Costa sobre las fuentes del Derecho, según se ha explicado, influyeron decisivamente en la Compilación aragonesa de 1967 y en la doctrina civilista aragonesa podríamos decir que se ha puesto a Joaquín Costa en un pedestal; que está en el ambiente que fue un gran jurista que aclaró zonas oscuras y decisivas de la historia del Derecho aragonés y logró un pensamiento muy original y certero también en la teoría jurídica. Es frecuente oír decir a nuestros políticos que Costa fue un gran sabio o hacer citas dispersas suyas como la de que Aragón se define por su Derecho. Sin embargo, es curioso notar que en la doctrina civilista aragonesa, en mi opinión, no se ha estudiado nunca a Costa en profundidad y desde el rigor histórico³⁸. El profesor Delgado escribió en 1978 un trabajo de 35 páginas netas, que era la puesta al día de una conferencia, y ya no ha vuelto a escribir sobre Costa por extenso, salvo error, mío, nunca más. Y en las doscientas páginas que dedicaron a las fuentes del Derecho aragonés en 1988 («*Comentarios a la Compilación aragonesa*», Volumen 1.º), enumerados por orden de aparición en el libro, el propio Delgado, y los profesores Sancho Rebullida y Lacruz Berdejo solo se cita a Costa tres o cuatro veces por cada uno de estos autores, aunque los tres se presentan a sí mismos como seguidores de las enseñanzas de Joaquín Costa. Tampoco ninguno de los discípulos del profesor Delgado, todos entusiastas defensores del Derecho aragonés y de su máxima ampliación en lo

³⁶ Denominaba COSTA a las normas dispositivas «*fórmulas mudas, pasivas, inertes, que nada hacen, que para nada sirven, mientras el particular no las pone en movimiento*», a continuación de lo cual exigía la aceptación al menos tácita del destinatario de la norma dispositiva, para que ésta fuera eficaz. *Cfr. La libertad civil...*, 1981 (1883), pp. 197-198 y 236. Para la diversa noción hoy generalmente admitida de norma dispositiva, *Cfr.*, por ejemplo, DE CASTRO, Federico, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Anuario de Derecho Civil, 1961, pp. 333 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, apoyándose en DE CASTRO, en su comentario al artículo 6, apartados 2.º y 3.º, en los *Comentarios a las reformas del Código civil, El nuevo título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, volumen 1.º, 1977, pp. 302 a 304 y 328 a 330; Díez PÍCAZO Y GULLÓN, que se apoyan también en la opinión citada de DE CASTRO, en su *Sistema de Derecho civil*, volumen 1.º, 1990, pp. 40-41; y también LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, volumen 1.º, 1982, pp.131-133, con explicación mantenida en todas las posteriores ediciones del manual.

³⁷ *Cfr. Teoría del hecho jurídico individual y social*, 1984 (1880). pp. 115, 132, 134, etc.

³⁸ *Cfr.* al respecto mi trabajo «*Sobre la influencia de Joaquín COSTA en el Derecho civil aragonés*», en el libro colectivo *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectivas*, libro homenaje al profesor Juan José GIL CREMADES, El Justicia, Zaragoza, 2009, pp.741-772.

posible, tiene reflexiones de entidad publicadas sobre Costa. Esto creo yo que demuestra que de Costa ha interesado más cubrir actuaciones o impulsos políticos autonomistas con el manto de su pretendido prestigio que el estudio de su obra y contrastar ésta con la doctrina habitual y predominante en nuestro país sobre las fuentes del Derecho o sobre el funcionamiento del Estado liberal.

Especialmente devoto y elogioso de Costa se presentó el profesor Delgado en su trabajo de 1978, en el que además de aceptar el pensamiento costista sobre el *standum est chartae* y sobre la costumbre contra ley, afirmó de este principio o brocardo que era una de las «vetas más fecundas del Derecho aragonés» y el «alma de los Fueros y Observancias», y que podía bien sintetizarse con la idea del «prohibido prohibir» del anarquizante Mayo francés de 1968; y principio jurídico «con importantísimas raíces en la mejor doctrina clásica»; atribuyendo también a Costa «un pensamiento filosófico original y creador»; y a su reflexión «admirable riqueza de ideas y complejidad y coherencia en su construcción»; y «altura de miras, nobleza y profundidad del planteamiento»; considerándole «el autor español que más extensamente y con mayor profundidad reflexionó sobre el difícil fenómeno de la costumbre jurídica». Además Delgado presentaba a Costa como «*republicano toda su vida*» (esto es un error de bulto detectable en cualquier resumen de la biografía de Costa) y liberal de izquierdas o progresista³⁹. Hasta parece apuntar en alguna afirmación que Costa atisbó el marxismo al enfatizar la importancia de los institutos económicos en la evolución del Derecho⁴⁰.

El trabajo de 1978 sobre Costa del profesor Delgado ha resistido mal el paso del tiempo. Sin duda ello se ha debido a que las lecturas realizadas por él sobre Costa –autor de obra muy extensa– fueron probablemente insuficientes y, sobre todo, a que Delgado se desentendió de las explicaciones de Lalinde y de otros historiadores, estudiosos de la filosofía del Derecho y sociólogos de gran autoridad que habían estudiado a Costa en profundidad y que

³⁹ Cfr. del autor Joaquín Costa y el Derecho aragonés (*Libertad civil; costumbre y codificación*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 1978, 43 pp. El trabajo es una puesta al día de la primera Lección Solemne del autor como Profesor Agregado de Universidad impartida el 23 de noviembre de 1976. Y para las afirmaciones del texto: pp.8,17,24,27,29,31,35 y 37 a 42.

⁴⁰ Esta idea la he detectado en un libro de DELGADO ECHEVERRÍA un poco anterior, de 1977, titulado *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, pp. 61 y 197. En la página 62 de ese libro señala DELGADO, con extraña afirmación, un paralelismo entre la tensión que percibe en la obra de COSTA entre su idea de la libertad civil y la intervención económica del Estado y la problemática que en el socialismo autogestionario suponía, según él, conjugar las autonomías colectivas con la planificación económica. Para la crítica de la idea recogida en el texto, véase mi libro *Mito y realidad del standum est chartae*, 2009, p. 294, nota 335 y texto correspondiente.

habían dado, ya en 1978, una imagen mucho más rigurosa y distinta de la que los esfuerzos autodidactas del joven Delgado, entonces entusiasta regionalista de izquierdas, nos ofrecen todavía. No llegó a hacerse consciente, en particular, Delgado, de que las fuentes del Derecho que Costa nos propuso (costumbre contra ley; amplísima libertad para autorregular los propios intereses y para organizar la transmisión de los patrimonios familiares) eran precisamente las «fuentes» (este término, como se sabe, es moderno y muy posterior) típicas del antiguo régimen. Tampoco señaló que el antirromanismo característico del Derecho aragonés histórico no fue fruto, como sostenía Costa en su ingenua crítica a las Partidas, de un gran amor a la libertad desde siempre de los aragoneses, sino de la tenaz presión política de un régimen señorial y feudal muy duro y varios siglos envalentonado y más fuerte durante mucho tiempo que los mismos reyes aragoneses. Ni reprochó a Costa este autor lo idílico y edulcorado de su descripción del Derecho aragonés histórico, y de las famosas «libertades» aragonesas que lo eran esencialmente de la nobleza, y el que no reconociera Costa, pese a lo extensísimo de su obra, la crueldad del régimen señorial aragonés mantenido durante siglos y la rigidez de la sociedad estamental aragonesa. La doctrina de Costa es de base filosófica, pese a su adhesión teórica al krausismo, muy pobre y confusa, según piensan los especialistas, y su teorización sobre las fuentes del Derecho y sobre la estructura o valor del Estado liberal muy desencaminada y alejada de lo que históricamente ha acabado prevaleciendo. No recogió, ni pudo criticar, por tanto, Delgado, el pensamiento de Costa sobre la distinción entre normas dispositivas y normas imperativas, que creo es uno de los puntos más interesantes para que un civilista perciba el modesto vigor de creación teórico jurídica o «dogmática» de Joaquín Costa. Y ello, en el fondo, porque no había asimilado o interiorizado Costa la decisiva aportación dogmática de la pandectística germana decimonónica a la ciencia del Derecho privado, quedando su pensamiento, con su simplista antirromanismo, muy alejado de la enjundia y profundidad de análisis propias de la Escuela histórica⁴¹.

En fin, no es cierto tampoco que Costa pueda considerarse un liberal de izquierdas o progresista, sino que, más bien, y recono-

⁴¹ Como ya advirtiera DE CASTRO Y BRAVO, Federico, fue en Cataluña, y a través de DURÁN Y BAS y de ciertos círculos universitarios por entonces influyentes, como, a través de una traducción francesa del «Sistema» de SAVIGNY penetraron y se hicieron influyentes las ideas de la Escuela Histórica y su eficaz utilización frente a la codificación española centralizadora. Cfr. del primero *Derecho civil de España*, tomo 1.º, 1984 (1949), pp. 222-223. Véase también sobre ello, últimamente, el importante trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., titulado «La Escuela jurídica catalana del siglo XIX», en la revista *Ius Fugit*, 2007-2008, n.º 15, 2009, pp. 513 a 536.

ciendo que en el aspecto ideológico el autor tuvo considerables contradicciones, debe afirmarse que Costa fue un liberal conservador bastante reaccionario y que no había logrado superar del todo los valores del antiguo régimen. Costa comprendió mal, a la vez, los fundamentos ideológicos de éste y del régimen liberal en dificultosa implantación en su tiempo. Costa no comprendió nunca tampoco, en absoluto, al socialismo ni al anarquismo, las nuevas ideologías de la clase obrera y, como bien afirmara Manuel Azaña, pretendió erróneamente sacar las libertades populares de una «*costumbre local momificada*» y, por no formularse las preguntas más radicales, «*cortó las raíces a los programas de regeneración*»⁴².

5. SENSIBILIDADES DISTINTAS SOBRE LO QUE CONVIERNE INVESTIGAR Y ENSEÑAR RESPECTO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS HISTÓRICO Y VIGENTE

Aparte de las diferentes valoraciones doctrinales que existen hoy en Aragón sobre la actual política legislativa en Derecho civil aragonés y sobre el sentido y significado de la codificación del Derecho civil aragonés en 1925 y del legado doctrinal de Joaquín Costa, hay también distintas sensibilidades sobre lo que sería más conveniente o más productivo o urgente investigar en la historia completa del Derecho aragonés.

Puede ayudarnos a mostrar lo que acabo de afirmar el libro aparecido en 2009 de Morales Arrizabalaga titulado «*Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales*»⁴³. Este Libro, como ya su propio título sugiere, pone extensas reflexiones históricas sobre Aragón y otras muchas reflexiones sobre muchos y muy diversos temas al servicio de lo que se pretende explícitamente como una «redefinición» del papel de Aragón como entidad jurídico política en la actual España constitucional y en la línea del Estatuto de Autonomía reformado por la Ley 5/2007, que ha extendido las competencias autonómicas y ha procurado robustecer los poderes institucionales de la Comunidad Autónoma.

Pues bien, aunque sin duda ello es defendible por la libertad de cátedra, entre otras razones, resulta curioso que este extenso y ambicioso libro, de enfoque exclusivamente jurídico público,

⁴² La cita de AZAÑA la he tomado de Santos JULIÁ, *Historias de las dos Españas*, Editorial Taurus, 3.ª Edición, 2005, pp. 201 a 204.

⁴³ El Libro citado de Jesús MORALES, Profesor Titular de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de Zaragoza, y autor de otros libros y varios trabajos de Derecho aragonés histórico, está financiado por la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón, y tiene 287 páginas.

apenas se ha ocupado del Derecho privado aragonés y de su evolución histórica hasta hoy mismo. El desinterés de Morales Arriabalaga por leer y tener en cuenta a los muchos iusprivatistas interesados en el Derecho civil aragonés histórico o actual le hace incurrir, me temo, en esta parcela del Derecho privado, en abandonos de investigaciones posibles de gran interés o, incluso, en carencias o, aunque carezco de espacio para intentar justificarlo aquí, en afirmaciones discutibles o francamente erróneas. En efecto, aunque el libro aporta bastante reflexión sobre las fuentes del Derecho en el antiguo régimen, y en particular sobre el carácter «pactista» de las normas aragonesas históricas, hace afirmaciones que considero (sin que proceda entrar aquí en este complejo asunto) infundadas o desacertadas sobre el brocardo *standum est chartae*; no explica, pese a ser un principio cardinal del orden y la estructura social del antiguo régimen, y no solo en Aragón, la amplísima autonomía de la voluntad de que disponían los ricos y nobles y propietarios para sus contratos y para organizar la transmisión por causa de muerte de sus patrimonios familiares; ni discurre sobre la distinción de las que desde el siglo XX nos gusta calificar como normas dispositivas y normas imperativas; ni se preocupa, en este concreto Libro de 2009, por el antiguo Derecho procesal para las relaciones privadas; ni reflexiona en absoluto sobre el papel de las «cartas» o documentos, públicos o privados, o de otros requisitos formales, y su incidencia en los negocios jurídicos del antiguo régimen; ni se preocupa por los aspectos jurídicos o legales del brutal y cruel régimen señorial aragonés vigente, aunque evolucionado en su primitiva crueldad, hasta el mismo siglo XIX; ni reflexiona sobre las relaciones personales entre los cónyuges o entre los hijos y los padres, tanto en los ambientes urbanos como en la familia patriarcal rural aragonesa, regida ésta por antiquísimas costumbres; ni reflexiona sobre las relaciones de los parientes de una familia con lo que hoy llamamos familia nuclear; etc. Una investigación histórica que clarifique y arroje nueva luz sobre estas cuestiones (sobre todas ellas o, al menos, sobre alguna de ellas) nos ayudaría a entender mejor, lo que sería importante, las diferencias entre nuestro actual Derecho civil y el Derecho privado o civil aragonés del antiguo régimen. En particular, investigaciones como esas, que creo que tienen por delante un campo muy amplio, nos ayudarían a entender mejor la dosis de verdad y la dosis de fabulación que pueda haber en la idea de los costistas de que el Derecho aragonés antiguo fue pionero o adelantado a su tiempo en igualar a los cónyuges o en reconocer una amplia libertad a los hijos frente a sus padres.

Quizás resulte particularmente representativo de las diversas sensibilidades sobre cómo y qué se debiera investigar en la historia completa del Derecho aragonés el total desinterés que mostró Joaquín Costa, y luego todos los costistas posteriores y defensores de la mayor autonomía posible del Derecho civil aragonés, por el cruel régimen señorial aragonés mantenido tenazmente durante siglos. Régimen señorial que, para ser justos, hay desde luego que situar en su origen en la peculiar situación histórica de los dos primeros siglos del Reino de Aragón, tiempo que fue de guerra ininterrumpida para la constante expansión del Reino y guerra constante en la que perdieron la vida en combate varios de los mismos reyes aragoneses y muchos nobles o aspirantes a serlo. Cruel régimen señorial perfectamente simbolizado, en fin, por ese terrible Acto de Corte de 1562 que condenaba a muerte a todo el que se pusiera de nombre «*Libertad*» o a quien indujese o intentase inducir a otro a ponerse ese tan subversivo nombre. Creo que los juristas aragoneses, desde Costa en adelante, han tratado en demasía el brocardo hoy normativizado *standum est chartae*, regla en verdad de importancia menor dentro del Derecho aragonés del antiguo régimen, y que se han olvidado, acaso en el fondo por escasa sensibilidad democrática, de este Acto de Corte de 1562 y de todo lo que tenía detrás. La historia de los países y de los pueblos hay que mostrarla con rigor y con sus luces y sus sombras. Hasta ahora ha preocupado demasiado a los juristas la búsqueda de «señas de identidad» para la autonomía aragonesa y se han ocupado sobre todo de subrayar las luces de la historia aragonesa, y de enfatizar el prestigio europeo y los logros de las «libertades aragonesas» y de las gestas militares del Reino de Aragón, pero no han querido o sabido mostrar también las sombras profundas de esta historia aragonesa y los rigores de las vidas de los campesinos y de la modesta infantería protagonista principal de los enfrentamientos que acabaron siendo gestas, victorias militares y conquistas.

El profesor Lalinde⁴⁴ proponía como modelo de historiador serio el rigor desapasionado y laborioso de Zurita frente al apasionamiento ideológico de Blancas, fabulador políticamente muy influyente y redactor esmerado y solemne, entre otras cosas, de los míticos Fueros de Sobrarbe, frente a cuya existencia Zurita se mos-

⁴⁴ Cfr. de LALINDE su obra *Los fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1.ª edición, 1976, pp. 114 a 116. Refiriéndose a la historia en general, y no solo a la del Derecho, ha afirmado recientemente HOBBSBAUWM, Eric, el prestigioso historiador marxista, que la actual es la gran era de la mitología histórica; que el anacronismo y el provincianismo son dos de los pecados mortales de la historia o historiografía actuales; y que el mundo necesita más que nunca historiadores escépticos. Cfr. *Años interesantes. Una vida en el siglo XX*, traducción de BADASEDA GASCÓN, Juan, Editorial Crítica, Barcelona, 2003, pp. 273, 374 377-378.

tró, muy fundadamente según sabemos hoy, escéptico. No debe tampoco olvidarse que estudiar las normas jurídicas de la Edad Media y de la Edad Moderna en un determinado reino o en una determinada zona o región es una forma de profundizar en fenómenos jurídicos, sociales y económicos que fueron, con matices estimables en cada reino o lugar, similares o generales en toda Europa. De modo que podría decirse que la insistencia en el rigor histórico, que parece en estos tiempos molestar a algunos políticos autonomistas o independentistas y a sus historiadores afines o demasiado condescendientes, nos hace, en verdad, más eficientes para impulsar ideológicamente un europeísmo consecuente y políticamente serio, contra lo que suelen sostener esos historiadores autonomistas o independentistas, proclives a la manipulación histórica.

Para terminar, diré que, como la investigación y la docencia universitaria están íntimamente vinculadas, la doble sensibilidad que he detectado y descrito respecto de lo que debiera ser mejor o más conveniente objeto de investigación en el Derecho aragonés histórico, se extiende también, según creo, a lo que debiéramos enseñar a nuestros alumnos en los centros universitarios. Por ejemplo, para que entiendan y valoren mejor el trascendental artículo 14 de nuestra Constitución, que establece el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo y religión, entre otras, es importante que entiendan que en muchos lugares, y entre ellos en el Reino de Aragón, y durante muchos siglos, lo que las normas impusieron fue, precisamente, todas y cada una de esas discriminaciones. Y en muchos lugares del mundo se siguen imponiendo hoy tales discriminaciones y se imponen las ideologías o religiones que las intentan justificar. Y estaría bien que fuéramos capaces de enseñarles que este artículo 14 de la Constitución, que hoy nos protege y dignifica a todos, solo se ha podido alcanzar en la historia a través de mucha sangre, sufrimientos y esfuerzos. Como profesor zaragozano de Derecho civil no puedo sentirme ajeno, por ejemplo, al Acto de Corte de 1562 o a que la ciudad de Zaragoza haya sido cruelmente ensangrentada por dos veces, una por la fuerza bruta de un ejército invasor representativo del teórico progreso (Sitios de 1808: ¿fuerzas de la Revolución las tropas napoleónicas?) y otra por las fuerzas franquistas durante la Guerra y la Postguerra civil (1936-1945: ¿fuerzas de la Contrarrevolución o de la Cruzada las alzadas contra la Segunda República?). No es inocente ni neutro ideológicamente ni lo que elegimos investigar ni lo que enseñamos. Debíamos ser capaces de alcanzar el máximo rigor y conocimiento histórico y ponerlo al servicio de nuestros mejores valores ideológicos, incluido desde luego el de la libertad.

En la Facultad de Derecho de Zaragoza, hasta que se nos aplique el Plan Bolonia, lo que por desgracia parece que va a ser pronto, el Derecho civil aragonés es hoy, desde un Plan de Estudios del año 2000, una asignatura obligatoria cuatrimestral (dos horas teóricas semanales, lo que es muy poco tiempo, y el resto prácticas, éstas abundantes). Hay una asignatura troncal y cuatrimestral también de Derecho de familia y sucesiones de Derecho civil general español (dos horas teóricas semanales, lo que es también muy poco tiempo, y el resto prácticas). Como algunas materias difíciles e importantes (incapacitación y tutela; régimen económico matrimonial, pese a la peculiaridad del derecho expectante de viudedad; sucesión testada, cuando no se trata de testamento mancomunado; sucesión legal o intestada, cuando no es troncal; partición de la herencia) son muy similares en ambos ordenamientos, hay dificultades de armonización entre ambas asignaturas.

Personalmente, prefiero en mis explicaciones y en mi programa reducir al máximo la explicación del Derecho aragonés cuando es sustancialmente igual al del Código civil, presuponiendo que en el primer cuatrimestre los alumnos habrán estudiado ya esas materias con otro profesor, y centrar mis explicaciones del segundo cuatrimestre y mi muy escaso tiempo de explicación en lo que es más diferente o específico de nuestro Derecho civil aragonés y si son normas efectivamente aplicadas en la sociedad. O sea, por ejemplo, no explico el régimen «consorcial» aragonés de la Ley 2/2003, que es sustancialmente igual al régimen de gananciales del Código civil. Otros compañeros parece que explican homogéneamente todo el Derecho civil aragonés, incluidas aquellas materias, como los pactos sucesorios, con regulación minuciosa pero de vigencia social actual insignificante. Estos compañeros sí explican, por ejemplo, el régimen «consorcial» aragonés de la Ley 2/2003.

Ambas opciones, dados los turnos y rotaciones de profesores que cambian cada año sin apenas planificación racionalizadora (que sería, desde luego, difícil de establecer), pueden suponer que, en un sistema como el mío, materias importantes no se les expliquen a los alumnos apenas ni en el primer cuatrimestre ni en el segundo, o que, con el sistema explicado de otros compañeros de intento de plena explicación siempre de todo el Derecho civil aragonés, esas mismas materias importantes se les expliquen, a pesar del escaso tiempo disponible para la docencia teórica, de forma reiterada en los dos sucesivos cuatrimestres. Vigentes el viejo Plan de Estudios de 1953 y la Compilación aragonesa de 1967, se podía, y así lo hice yo durante muchos años, incrustar en el programa de Derecho de familia y de sucesiones relativo al Código civil, epígra-

fes con los institutos más característicos del Derecho civil aragonés (peculiaridades en la capacidad de los menores; viudedad foral; pactos sucesorios; testamento mancomunado; legítima aragonesa; sucesión intestada troncal). Se incrementaba un poco un programa ya de por sí extensísimo, y no era fácil llegar a terminar tan extensa explicación, pero había nueve meses para explicarlo a razón de cuatro horas teóricas semanales. Y también hacíamos, casi siempre, prácticas (cierto que voluntarias, al menos en mi caso) Tengo la percepción de que los alumnos actuales salen peor preparados que los de antes del año 2000 en Derecho de familia y de sucesiones español y aragonés.

La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento

NIEVES FENOY PICÓN*
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Ministerio de Justicia ha publicado dos propuestas de reforma del Código civil y una del Código de comercio, elaboradas, las primeras, por la Sección Civil y la tercera por la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación. Una de las propuestas civiles y la propuesta mercantil se refieren al régimen general de las obligaciones contractuales, codificado en el Código civil y en el de comercio. La otra propuesta civil se refiere a la compraventa civil. Es tal la importancia de estas propuestas que merecen ser objeto de atención y estudio por la comunidad científica. Con el propósito de contribuir a esa tarea ha sido redactado este trabajo, en el que se comparan, en lo que resulta oportuno, las soluciones ofrecidas por cada una de estas propuestas de reforma.

Este trabajo, junto a la exposición de las razones que justifican las reformas propuestas, se centra en el incumplimiento del contrato, y, a partir de él, toma en consideración la regulación de otras figuras afectadas por el concepto de incumplimiento utilizado. La regulación del incumplimiento propuesta se caracteriza por su amplitud, su naturaleza unitaria, y porque funciona con un carácter neutral, destacando la idea de la insatisfacción del interés del acreedor. Además del incumplimiento, y en relación con él, el trabajo estudia: la imposibilidad inicial, el error y el dolo in contrahendo, la imputación al deudor de los actos de sus auxiliares y colaboradores, la regla que impide la invocación del incumplimiento del contrato al contratante que

* Miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial» (D-008) de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Red Española de Derecho Europeo Privado y Comparado (REDPEC). Asimismo, el presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2008-00968/JURI.

lo causó, los requisitos del contrato (consentimiento, causa, objeto del contrato), las reglas de interpretación del contrato, y algún otro extremo.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento del contrato. Validez del contrato. Interpretación del contrato. Imposibilidad originaria de la prestación. Error y dolo en la formación del contrato. Error, dolo e incumplimiento. Responsabilidad del deudor por actos de sus auxiliares. No invocación del incumplimiento por el contratante que lo causó.

ABSTRACT

The Ministry of Justice has published two proposals to reform The code of laws and The commercial code. The two proposals were elaborated by The Civil Section and the third one by The Commercial Section, both of which belong to «Comisión General de Codificación». One of the civil proposals as well as the commercial one are associated with the general system of commitment, codified in both The common Civil Law and The commercial one. The other civil proposal refers to civil sale and purchase. These proposals are so important that they observe to be studied by researchers in this field. This work has been carried out to fulfill this task. In it, some comparisons are made together with the offered solutions about the reform proposals.

This work, as well as the exposition of the reasons for the proposals reforms focuses attention on breach of contract. Likewise, it takes into consideration the regulations of other aspects affected by the concept of non-compliance. The regulation of the proposed breach is known for its amplitude, uniting nature and also because it does not subjectively impute the debtor. This, as a result, does not affect the interests of creditors. In addition to lack of compliance and every thing associated with it, this work studies: The inicial impossibility, wrong doing and fraud in contrahendo, the imputation of debtors because of his collaborators or assistants' misleads, the norm that avoids resorting to no-compliance of contract that one of the contracting parties brought about, the contract requisites (consent, cause, the contract content), the norms of interpreting the contract as well as other issues.

KEY WORDS

Breach of contract. The contract validity. The contract interpretation. The inicial impossibility. Wrong doing and fraud when writing a contract. Wrong doing, fraud and non-compliance. The debtor's responsibility due to his collaborators' misdeeds. Not resorting to no compliance.

SUMARIO: I. *Aspectos generales*: 1. Consideraciones generales y delimitación del objeto del trabajo.–2. Las explicaciones de las Exposiciones de Motivos de las *Propuestas* sobre la necesidad de la reforma y otros datos de interés: 2.1 La Exposición de Motivos de la *Propuesta mercantil*. 2.2 La Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*. 2.3 La Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa*. 2.4 La oportunidad de la reforma y la influencia de ciertos textos. II. *La noción de incumplimiento*.–1. Las cuestiones objeto de estudio.–2. La estructura que se adopta para la regulación del incumplimiento.–3. La definición de incumplimiento: 3.1 Una noción amplia y unitaria. 3.2 El carácter neutral del incumplimiento: 3.2.1 La incorporación de la «teoría de los riesgos» al incumplimiento. El traspaso del riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa del vendedor al comprador. 3.2.2 Particular referencia a la imputación subjetiva en el remedio indemnizatorio. Alusión al remedio del cumplimiento.–4. La regla de la no invocación del incumplimiento por aquel que lo causó.–5. Imputación al deudor de los actos de sus auxiliares y colaboradores.–6. La imposibilidad originaria de la prestación y su relación con el incumplimiento: 6.1 La prestación originariamente imposible y la validez del contrato. 6.2 La imposibilidad originaria en la compraventa y el incumplimiento. 6.3 La relación entre el error, el dolo y el incumplimiento. 6.4 Excurso sobre el sistema de los PECL.–III. *Precisión final*.–Bibliografía.

I. ASPECTOS GENERALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

[1] En el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* se han publicado:

a) La *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Propuesta mercantil o PM en lo sucesivo)*. Publicada en el año 2006 y obra de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación¹.

[i] El Artículo Primero de la *Propuesta mercantil* dispone: «Se modifica el artículo 1.º del Código de comercio que queda redactado con el siguiente texto: (...)».

¹ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618. Sobre la composición y funcionamiento de la Comisión General de Codificación: JEREZ DELGADO/PÉREZ GARCÍA, *RJUAM* (2009), pp. 156-165.

Según el Artículo Segundo de la *Propuesta mercantil*: «Se modifican los artículos 50 a 63 del Código de comercio, que, junto con los nuevos artículos 64 a 80, integrarán el Título IV “Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles” del Libro I con el texto siguiente: (...)».

Por último, el Artículo Tercero de la *Propuesta mercantil* señala: «Se modifican los artículos 942 a 955 del Código de comercio que integrarán los Títulos II y III del Libro IV con el texto siguiente: (...)».

b) *La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (Propuesta civil o PC en lo sucesivo)*. Publicada en el año 2009 y obra de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación².

[i] La reforma de la *Propuesta civil* es de amplio alcance, como puede comprobarse en lo que sigue.

El Artículo Primero de la *Propuesta civil* dispone: «Los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código civil que comprenden los artículos 1088 a 1235 y 1236 a 1314, respectivamente, tendrán en lo sucesivo la redacción que se inserta a continuación: (...)».

Según el Artículo Segundo de la *Propuesta civil*: «Artículos del Libro Cuarto que quedan sin contenido./

“Quedan derogados los artículos 1526 a 1530, 1535 y 1536, del Capítulo VII, De la transmisión de créditos y demás derechos incorporeales, dentro del Título IV, Del contrato de compra venta; así como el

² *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento. En el Anexo de la Propuesta civil se informa: «Relación de los integrantes de la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación que han participado en la elaboración de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos/ (Reuniones celebradas desde el 23 de noviembre de 1994 a 28 de mayo de 2008), Presidente: D. Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN; Vocales: D. José Luis ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. Manuel AMORÓS GUARDIOLA, D. Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, D. Alberto BALLARÍN MARCIAL, D. Roberto BLANQUER UBEROS, D.ª Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, D. Jorge CAFFARENA LAPORTA, D. Alfonso CALVO CARAVACA, D. Eduardo CERRÓS SÁNCHEZ HERRERA (fallecido), D. José María CHICO ORTIZ (fallecido), D. Jesús Díez DEL CORRAL Y RIVAS, D. José Antonio ESCARTÍN IPIENS, D. Diego ESPÍN CÁNOVAS (fallecido), D. José FERRANDIS VILELLA, D. Manuel GITRAMA GONZÁLEZ (fallecido), D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, D. Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS (fallecido), D.ª Carmen de GRADO SANZ, D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, D. Ramón LÓPEZ VILAS, D. Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (fallecido), D. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, D. Francisco MATA PALLARES, D. José María MIGUEL GONZÁLEZ, D. José MIURA FUENTES, D. Vicente MONTES PENADÉS, D. Antonio Manuel MORELES MORENO, D. José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, D. Francisco NÚÑEZ LAGOS, D. Fernando PANTALEÓN PRIETO, D. Antonio PAU PEDRÓN, D. Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, D. José POVEDA DÍAZ, D.ª Encarna ROCA I TRÍAS, D. Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, D. Manuel Ángel RUEDA PÉREZ, D. Luis SANCHO MENDIZÁBAL, D. Juan SARMIENTOS RAMOS, D.ª María Concepción SIERRA ORDÓÑEZ, D. Manuel TABOADA ROCA (fallecido), D.ª María TELO NÚÑEZ, D. Miguel VIRGOS SORIANO (Vocal de la Sección Segunda de Derecho Mercantil)».

artículo 1911 comprendido en su Capítulo I, Disposiciones Generales, dentro del Título XVII, De la concurrencia y prelación de créditos”.

El Artículo Tercero de la *Propuesta civil* preceptúa: «Modificación de la redacción de determinados artículos.

Los artículos 1452; 1460, primer párrafo; 1501-3.º; 1568; 1574; 1621; 1684, segundo párrafo; 1754, primer párrafo; 1772, segundo párrafo, 1817, primer párrafo; 1822, segundo párrafo; y 1974, tendrán, en lo sucesivo, la siguiente redacción: (...)».

Finalmente, el Artículo Cuarto de la *Propuesta civil* preceptúa: «Aplicación general de la reforma legal propuesta.

La presente Ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, por lo que será de aplicación general».

Cada una de las *Propuestas* aludidas persigue actualizar, respectivamente, el Código de comercio de 1885 y el civil de 1889. Entre las materias tratadas, las *Propuestas mercantil y civil* regulan, con carácter general, el *incumplimiento del contrato y sus remedios*.

[2] Es conocido que en España, de un tiempo para acá y a nivel doctrinal, se está llevando a cabo una reflexión y una progresiva renovación del Derecho de las obligaciones contractuales (Luis Díez-Picazo, Morales Moreno, Pantaleón, etc.³). Dentro de este sector del Derecho, especial atención ha merecido el incumplimiento del contrato y sus remedios. Nuestro Código civil puede aplicarse desde una visión tradicional o desde otra modernizadora (a través de los criterios interpretativos de las normas del art. 3.1 CC). La interpretación modernizadora es un anterior paso que puede permitir abrir camino a una efectiva reforma del Derecho. Las *Propuestas mercantil y civil* constituyen el siguiente paso cualitativo del proceso legislativo español de la modernización de las obligaciones contractuales, si éste llega a culminarse.

³ Destaca la tarea impulsora de Luis Díez-PICAZO e influencia de PANTALEÓN, MORALES MORENO [(2006-A), pp. 28-29; para su opinión p. 54]: «En el plano doctrinal, dentro del derecho español se advierte una tendencia orientada hacia la modernización del derecho de obligaciones bajo las directrices del nuevo modelo. Tuvo un gran importancia, en este sentido, el trabajo que Fernando PANTALEÓN publicó en el Anuario de Derecho Civil, el año 1993 [fascículo cuarto], bajo el título: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual». En él diseña, de modo certero, las líneas maestras conforme a las cuales debe procederse a revisar el derecho de obligaciones español. Es, asimismo, de singular valor, la labor de modernización que ha desarrollado y continúa desarrollando el Prof. Luis Díez-PICAZO, tanto en sus Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil como en otras publicaciones. El empeño de Luis Díez-PICAZO en la modernización del Derecho de obligaciones español traspasa el plano doctrinal. Como Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ha impulsado los trabajos preparatorios de modernización del libro IV del Código civil español, dedicado a las «obligaciones y contratos», en sus títulos primero («De las obligaciones») y segundo («De los contratos»); y, asimismo, otros trabajos orientados a la modificación del régimen de algunos contratos en el CC, como el de compraventa». Vid. Luis Díez-PICAZO, «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003), pp. 1565-1574.

[3] a) Hay un interés intrínseco en conocer la regulación de cada una de las señaladas *Propuestas* sobre el incumplimiento y sus remedios y compararlo con la vigente regulación de los Códigos de comercio y civil. Esto permite constatar cuál sería el alcance de la reforma. El análisis del incumplimiento es una de las materias objeto de estudio en este trabajo.

[i] Pero, ese análisis requiere del estudio de otras materias relativas al contrato como, por ejemplo, los requisitos del contrato, el error y el dolo en la formación del consentimiento, la interpretación y la integración del contrato. Estas otras materias también son objeto de mi estudio, pero su enfoque lo hago a partir del incumplimiento.

b) En las respectivas Exposiciones de Motivos (o EM en lo sucesivo) de las *Propuestas mercantil y civil* se nos apunta cuáles han sido las fuentes de inspiración. Tras su lectura, se comprueba que en ambas *Propuestas* han estado presentes unas mismas fuentes, aparte de otras no compartidas (*vid.* siguiente letra c) e *infra* [9], [11]). Es de provecho constatar cómo dos *Propuestas*, en las que se han tenido en cuenta unos textos jurídicos a partir de los cuales se ha trabado la modernización de las obligaciones contractuales, comparten o difieren (y, en tal caso, cómo) en la solución adoptada. Dentro de la Modernización, aparecen los submodelos. Este análisis comparativo entre las *Propuestas mercantil y civil* tiene interés: en lo que coinciden, permite plantear la necesidad de la duplicidad normativa; en lo que difieren, la razón de su porqué y exigencia.

c) Para mi análisis me sirvo, entre otros materiales, de la *Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* (o CISG en lo sucesivo)⁴; de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT* (o Principios UNIDROIT en lo sucesivo); y de los *Principles of European Contract Law* (o PECL en lo sucesivo). Su razón es que estos textos han influido en las *Propuestas mercantil y civil* (así se nos indica en las respectivas Exposiciones de Motivos de las *Propuestas: infra* [9], [11])⁵.

⁴ Sobre las abreviaturas habituales en la cita de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980: MARTÍNEZ CAÑELLAS (2004), p. xxi y nota 16.

⁵ Sobre la influencia de los PECL en el Derecho español: GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009), pp. 151-182; VENDRELL CERVANTES, *ZEUP* (2008/3), pp. 534-548; PERALES VISCASILLAS (2008), pp. 453-500, y (2009-B), pp. 157-175. Expone el Derecho alemán (BGB) tras su reforma de 2002 contrastándolo con los PECL, y con cita de la CISG y de los Principios UNIDROIT: ZIMMERMANN (2005); también, EBERS, *ADC* (2003), pp. 1575-1608. *Vid.* las reflexiones de LANDO: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, 2009/3, pp. 367-375.

Asimismo, he trabajado con los Comentarios que acompañan a los Principios UNIDROIT⁶ y a los PECL⁷. En relación con la CISG, he prestado particular atención al Comentario que de la misma hace Honnold, no sólo por su especial conocimiento de ésta, sino porque, por su formación y visión, los Comentarios de Honnold son un útil instrumento como contrapunto a una visión de la CISG, a partir de una formación bajo la clave de un código civil adscrito a la familia continental-romanista como es el Código civil español. Lo anterior, sin olvidar que la CISG preceptúa, que «[e]n la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional» (art. 7.1 CIS)⁸. Ahora bien, el objeto final de mi análisis jurídico es el Derecho de las *Propuestas mercantil y civil*, y a ellas no se aplica el artículo 7.1 CISG⁹.

⁶ Utilizo: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004; *UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, Roma, 2004, versión española bajo la dirección de Alejandro A. M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi/UNIDROIT, citados, en lo sucesivo, como Principios UNIDROIT (2004). De interés también: *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, coord. David Morán Bobio, 2.ª ed., Thomson/Aranzadi (2003). Además, PERALES VISCASILLAS, (2009-A), pp. 183-207, y (2009-B), pp. 157-175.

⁷ Salvo que otra cosa indique, manejo: *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, LANDO/BEALE (eds.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Citados, en lo sucesivo: LANDO/BEALE (ed.) (2000).

⁸ Continúa el artículo 7 CISG: «(...) 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado». Sobre el apartado 1 del artículo 7 CISG: MARTÍNEZ CAÑELLAS (2004), pp. 99-265. Sobre el apartado 2 del artículo 7 CISG: VIDAL OLIVARES, *ADC* (2003), pp. 993-1041.

⁹ Preámbulo de los Principios UNIDROIT: «(Propósito de los Principios)/ Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales./ Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos./ Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, *lex mercatoria* o expresiones semejantes./ Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato./ Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme./ Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional./ Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales» [vid. Comentarios 3, 6, 7 y 8 del Preámbulo de los Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004), pp. 3, 6-7]. Artículo 1:101 PECL: «Application of the Principles/ (1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union./ (2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them./ (3) These Principles may be applied when the parties: (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or like; or/ (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract./ (4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so» [vid. *Comments A, B y F* del art. 1:101 PECL; LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 95, 97].

Esta metodología de comparar las *Propuestas mercantil y civil* con los citados textos jurídicos y Comentarios me permite, indirectamente, explicarlas; también, situarlas en un actual y dado contexto de Derecho comparado.

[i] En algún caso aludiré al *Draft Common Frame of Reference* de 2009 (o DCFR 2009 en lo sucesivo).

a) Sobre la Propuesta civil.

Al menos por una razón cronológica, el DCFR 2009¹⁰ no ha sido tenido en cuenta en la redacción de la *Propuesta civil*. Tampoco creo que se haya tenido presente al DCFR 2008 (*Interim Outline Edition*)¹¹, si bien en la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se alude al futuro Derecho Europeo de contratos (*infra* [11]).

Pero, dicho lo anterior, la relevancia doctrinal del DCFR (académico) en el marco europeo del Derecho de contratos justifica que haga ciertas referencias al mismo. Tales referencias las hago asociadas a los PECL, pues, estos últimos son los que, efectivamente, han influido en la *Propuesta civil*. En el incumplimiento y en sus remedios, el DCFR 2009 (Libro III) se basa en los PECL, si bien con modificaciones (algunas, de importancia)¹². De ahí mi decisión de citar el DCFR 2009 asociándolo a los PECL.

Por otro lado, nuestro Tribunal Supremo ya ha mencionado en alguna de sus sentencias al DCFR (en relación con el art. 1284 CC: STS 1.ª, 25-05-2009, FD 3.º, *in fine*, Pte. Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías, EDJ 2009/101649; a propósito del contrato de franquicia: STS, 1.ª, 09-03-2009, FD 3.º, *in fine*, Pte. Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías, EDJ 2009/25485). Igualmente lo han

¹⁰ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2009). Utilizo, para este trabajo: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by von Bar/Eric Clive, vol. I, Intr., Princ., Def.; I-1:101 to III-4:207, que cito, en lo sucesivo, como VON BAR/CLIVE (2009), I. *Vid. Introduction*, núms. 3 pp. 2-3, 7 y 8 p. 4, VON BAR/CLIVE (2009) I. Básicamente por su actualidad y por el amplio espectro de Derecho comparado que cubren, con información condensada, son de interés las Notas de Derecho comparado del DCFR 2009 (v. *Introduction* núm. 4, p. 3). También de interés, el vol. 17, n.º 4 (2009) de la *ERPL*.

¹¹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2008).

¹² También para el Libro II: VON BAR/CLIVE (2009) I, *Introduction*, núms. 1, p. 1; 27, p. 11; 35 a 37, pp. 13-14; 40 a 44 (en particular), pp. 15-17.

hecho algunas Audiencias Provinciales (así, SAP Pontevedra, 1.ª, 17-12-2009, FD 1.º, Pte. Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez, EDJ 2009/342557).

b) Sobre la Propuesta mercantil.

Por una mera razón cronológica (2006), es evidente que el DCFR (de 2008, de 2009) no ha sido tenido en cuenta en la redacción de la Propuesta mercantil.

d) Aunque mi análisis se centra, básicamente, en las *Propuestas mercantil y civil*, hay otra *Propuesta* que también tengo en cuenta: la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* (o *Propuesta sobre compraventa* o PCV en lo sucesivo). La ha publicado el Ministerio de Justicia, en su Boletín, en el año 2005, y proviene de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación¹³.

No hago un estudio detallado de la *Propuesta sobre compraventa* (Parte especial)¹⁴, como el que realizo de las *Propuestas mercantil y civil*. Pero, siempre que ha sido necesario la he tenido en cuenta: relacionándola con la Parte general de la *Propuesta civil*, puedo hacer un análisis más profundo de esta última. Añádase, que la *Propuesta civil* modifica algunos de los artículos del contrato de compraventa del Código civil (pérdida originaria de la cosa: art. 1460; riesgo de pérdida sobrevenida: art. 1452) en la misma línea que en su día propuso la *Propuesta sobre compraventa*. Es perceptible la continuidad sistemática que media entre ambas *Propuestas civil y sobre compraventa*¹⁵. Por último, una reforma de la

¹³ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124. El Artículo primero de la *Propuesta sobre compraventa* dispone: «Se modifican los artículos 1445, 1447, 1448, 1450, 1452, 1465 y 1468, comprendidos en el Capítulo Primero, del Título IV, del Libro IV del Código civil, cuya redacción será la siguiente: / (...)». Según el Artículo segundo de la *Propuesta sobre compraventa*: «Se modifican los artículos 1474 a 1496, comprendido en la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título IV del Libro IV del Código civil, cuya redacción será la siguiente: / (...)». Artículo Tercero de la *Propuesta sobre compraventa*: «Quedan sin contenido los artículos 1458, 1460, 1461, 1469 a 1472 y 1497 a 1499». Según el Artículo cuarto de la *Propuesta sobre compraventa*: «Se introducen las siguientes modificaciones en los apartados o rúbricas de los mismos del título IV del libro IV del Código civil: / (...)» (cfr. *infra* nota 33). La *Propuesta sobre compraventa* acaba con una disposición adicional sobre el saneamiento, que se transcribe *infra* [15], letra d).

¹⁴ Di detallada cuenta de ella, en lo que me interesaba: FENOY PICÓN (2006) [80], pp. 223-244; MORALES MORENO, ADC (2003-A), pp. 1609-1651.

¹⁵ Lo confirma, además, el hecho de que el Ministerio de Justicia, después de haber publicado la *Propuesta sobre compraventa* y la *Propuesta civil* en su Boletín de Información (*supra*, notas 2 y 13), haya publicado en 2009 un pequeño libro en el que ambas *Propuestas* aparecen unidas como una única *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación. El libro se aportó a unas Jornadas que celebró el Ministerio de Justicia en febrero de 2010 para presentar esta Propuesta de la Comisión General de Codificación. En la solapa del libro se lee: «Esta

profundidad que propone la *Propuesta civil* conduce a la inevitable reforma de los contratos en particular: el comprobar cómo se coordinan entre sí tales *Propuestas sobre compraventa y civil* es instructivo y, sobre todo, avanza perspectivas de futuro.

[4] No entro en el debate de qué es materia mercantil (la especialidad) frente al Derecho civil (lo que no me impedirá hacer una valoración sobre la *Propuesta mercantil*, así como sobre su necesidad). En la *Propuesta mercantil* se opta por ampliar notablemente la regulación general del contrato, comparado con lo que ocurre en el vigente Código de comercio. Y, sin embargo, la *Propuesta mercantil* no regula importantes aspectos del incumplimiento contractual. Así, no contempla la posibilidad de que el acreedor pueda exigir del deudor el cumplimiento de la obligación; ni precisa el test para concretar, cuando el incumplimiento es excusable a efectos de la indemnización de daños y perjuicios.

[5] Un punto interesante de la *Propuesta mercantil* es la norma que cierra su sistema de contratos. Según el artículo 50.2.I PM:

«Los contratos mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en las leyes mercantiles que lo complementan, en su defecto por los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate y a falta de éstos por las disposiciones de la legislación civil.»

La expresión «legislación civil» sustituye a la de «Derecho común» empleada en los artículos 50 y 2 CCO¹⁶. Es conocido, que el Tribunal Supremo interpreta el «Derecho común», en el sentido de que procede aplicar el oportuno Derecho civil foral/autonómico¹⁷. Frente a esto, en la Exposición de Motivos de la *Propuesta*

propuesta no vincula al Ministerio de Justicia, pero puede ser asumida por él como texto preliminar de una nueva regulación de nuestro Código Civil en la materia propuesta».

¹⁶ Artículo 2 CCO: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común./ Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga». Artículo 50 CCO: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común».

¹⁷ Sobre esta cuestión, la STSJ de Navarra (Civil) de 19.03.2001 (Pte. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui; EDJ 2001/3850): «El objeto de la presente contienda está constituido por un contrato de seguro concertado por una compañía mercantil de seguros y una empresaria individual para cubrir mediante el pago de una prima anual diversos riesgos inherentes a la explotación de una granja destinada al engorde de pollos. Versa, en definitiva, sobre un contrato mercantil sujeto en primer término a las disposiciones de la Ley 50/1980, de 8 de octubre; en lo no previsto en ellas, a las normas del Código de Comercio, y, sólo supletoriamente, a las del Derecho común (arts. 2 y 50 del Código de Comercio). *Cierto es que el “Derecho común” a que se remiten los artículos 2 y 50 del Código de Comercio no es sólo el general del Código civil, sino también el foral vigente en*

mercantil se palpa el interés perseguido de que la actividad económica disponga de una *regulación única* para todo el territorio nacional, independientemente de con qué persona o entidad contrae el empresario (algo importante por la «unidad de mercado»). La Exposición de Motivos precisa: «[e]l hecho de que algunas de las normas establecidas coincidan en su contenido, que no en su texto literal, con otras del ámbito civil, no priva a tales normas de su carácter mercantil».

En resumen, la *Propuesta mercantil* persigue «asegurar la vigencia de unas mismas normas para la actividad económica» (art. 149.1.6.^a CE)¹⁸ y, para ello, emplea la técnica de hacer una regulación lo más amplia posible. Pero, es difícil que ello se logre de modo absoluto, si la norma que cierra el sistema remite a la legislación civil (plural en el Estado español). Aparte, de que duplicar las normas no es buena técnica legislativa y en muchos aspectos, se verá, hay duplicidad normativa entre las *Propuestas mercantil y civil*. Si se quiere lograr una regulación única para los contratos mercantiles, tal vez podría hacerse una norma de remisión (dinámica) a determinadas normas civiles y éstas, a través de esa remisión-incorporación, adquirir la condición mercantil lo cual puede discutirse¹⁹. Eso, a su vez, permitiría aligerar la extensa redacción de la *Propuesta mercantil* para las obligaciones contractuales.

los territorios con derecho propio (SS de 28 de junio de 1968 y 16 de febrero de 1987 del Tribunal Supremo, 2 de marzo de 1999 y 28 de junio de 2000 de este Tribunal Superior), pero el carácter supletorio que asignan a sus disposiciones impide que una de éstas –en nuestro caso, la que sanciona el principio civil foral de constante mención– pueda imponerse a las propias fuentes normativas del Derecho mercantil» [FD 4.º A); cursiva mía]. Para las sentencias citadas: STS de 28-06-1968, FD 2.º, 3.º 4.º (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón; EDJ 1968/543); STS de 16-02-1987, FD 5.º (Pte. Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; EDJ 1987/1242); STSJ de Navarra (Civil) de 28-06-2000, FD 1.º A) b) (Pte. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui; EDJ 2000/72256); STSJ de Navarra (Civil) de 02-03-1999, FD 2.º (Pte. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui; EDJ 1999/3385).

¹⁸ Artículo 149.1.6.^a CE: «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) / 6.^a Legislación mercantil, penal y penitenciaria; (...)».

¹⁹ Refiriéndose sólo al problema de que los distintos Derechos civiles forales (autónomos) regulen de modo distinto la prescripción y la caducidad, MARTÍNEZ CAÑELLAS opina: «Frente a este posible problema, el legislador estatal debe reaccionar para, al menos, conservar una norma común en materia de prescripción mercantil. Ello pasa por la reforma del CCO para dar a esta materia de prescripción y caducidad una regulación moderna, racional y, sobre todo, absolutamente completa, de tal manera que en dicha materia no puedan encontrarse lagunas que permitan la remisión al Derecho civil. Además debería completar esta reforma con una nueva regulación que delimite de manera clara los criterios de calificación del carácter mercantil o civil de los contratos, (discusión que, lamentablemente, deberá mantenerse mientras la Constitución distinga entre las materias de Derecho mercantil como competencia exclusiva estatal y de Derecho civil como posible competencia de algunas comunidades autónomas en materia contractual), aunque el CCO modifique el artículo 2 CCO, señalando que, en defecto de norma mercantil, se aplique, no el Derecho común, sino el Derecho civil estatal./ En este sentido, la Comisión General de Codificación ya ha tomado la iniciativa elaborando un borrador de anteproyecto de reforma del Código de Comercio que está durmiendo el sueño de los justos, perdiendo con ello una oportunidad de mejora de nuestro ordenamiento (...)» [(2009), p. 289; *vid.* también, pp. 286, 293].

Más allá, en este trabajo, aplico la *Propuesta civil* como supletoria de la *Propuesta mercantil*.

[6] Esa búsqueda de la unidad de mercado subyace, asimismo, en la decisión de la *Propuesta mercantil* de atribuir carácter mercantil a los contratos celebrados con consumidores. Según el artículo 50 PM:

«1. Son contratos mercantiles los celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los realizados por los consumidores.

2. (...).

Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en leyes especiales»²⁰.

²⁰ En la Exposición de Motivos de la *Propuesta mercantil* se lee: «Puesto que se trata de asegurar la vigencia de unas mismas normas para la actividad económica, es imprescindible definir el ámbito de aplicación de la regulación que se establece sobre contratos mercantiles, y a estos efectos se comienza estableciendo que lo son los celebrados por los empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, *incluidos los celebrados con consumidores*. En efecto, el principio constitucional de unidad de mercado tiene que asegurar que las normas aplicables en su contratación a los empresarios rigen para los contratos que realicen con cualesquiera personas o entidades dentro de todo el territorio español y tanto si el otro contratante es un empresario, *como un consumidor*. No sería compatible con la exigencia constitucional de la unidad de mercado que los contratos que celebran empresarios hubieran de aplicarse reglas distintas según la parte de territorio nacional donde tuviera su domicilio o su sede la otra parte contratante. *Naturalmente que a los contratos celebrados con consumidores habrán de serles aplicadas las normas dictadas para la protección de éstos*, muchas de las cuales son trasposición de disposiciones de la Unión Europea dictadas precisamente para asegurar la unidad de mercado en el ámbito comunitario europeo./ En atención a esta delimitación de contratos mercantiles se incluye un nuevo texto para el artículo primero del Código de comercio donde se ofrecen las nociones de empresarios y consumidores, debiendo hacerse notar que la noción de consumidores *se aparta* de la establecida en la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, siguiendo lo que disponen las directivas comunitarias, según las cuales el consumidor ha de ser siempre una persona natural» (cursiva mía).

Según el artículo 1 PM: «1. Son empresarios, a efectos de este Código y demás leyes mercantiles las personas naturales y jurídicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad económica en el mercado, y en todo caso las sociedades que adopten alguno de los tipos mercantiles./ 2. Son consumidores, a efectos de este Código y demás leyes mercantiles las personas naturales que realicen contratos con una finalidad ajena a cualquier actividad profesional o empresarial./ 3. Todas las menciones que se hacen al “comerciante” en este Código quedan sustituidas por las de “empresario”». En la actualidad, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007 (o TRLGDCU en lo sucesivo), su artículo 4 dispone: «*Concepto de empresario*/ A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada»; y, según el artículo 3: «*Concepto general de consumidor y usuario*/ A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». El derogado artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 disponía: «(...) / 2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan, o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden./ 3. No tendrán la consideración de consumi-

2. LAS EXPLICACIONES DE LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS DE LAS *PROPUESTAS* SOBRE LA NECESIDAD DE LA REFORMA Y OTROS DATOS DE INTERÉS

[7] Junto a lo ya apuntado (*supra* [3]), voy detenerme a continuación y con mayor detalle en las razones que en las Exposiciones de Motivos de las tres *Propuestas* se nos ofrecen como justificadoras de la reforma. También aludiré a los textos jurídicos que, se nos indica, han influido en su redacción.

2.1 La Exposición de Motivos de la *Propuesta mercantil*

[8] Comienza recordando, cómo la legislación mercantil ha sido objeto de una intensa actualización desde la segunda mitad del siglo pasado (en contabilidad y Registro Mercantil, sociedades mercantiles, letra de cambio y cheque, legislación concursal). En ese proceso de modernización de la legislación mercantil, calificado de «*absolutamente indispensable*», se encuentra la contratación mercantil (sector clave). Se recuerda, que anteriormente se han regulado algunos contratos como el de agencia y el de seguro, siendo «*imprescindible extender ahora el proceso de modernización de nuestra legislación mercantil al ámbito de los contratos mercantiles*».

[9] Para esa modernización, según la Exposición de Motivos, los redactores se han inspirado en los trabajos realizados internacionalmente para la unificación de las normas del tráfico mercantil. Entre éstos destacan la CISG, *los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* elaborados por UNIDROIT²¹ y los

dores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Finalmente, en el núm. III de la Exposición de Motivos del TRLGDCU se indica: «El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta, por ello, por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario./ Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las “personas jurídicas”./ El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros./ (...)».

Vid. MARTÍNEZ SANZ (2009), pp. 509-524.

²¹ MARTÍNEZ CAÑELLAS, en un trabajo en el que analiza la prescripción extintiva, alude a un Borrador de Anteproyecto de reforma del Código de comercio de la Comisión General de Codificación, sobre el que señala que se redactó antes de la publicación de los

«trabajos de la Comisión Landó (*sic*) sobre el Derecho europeo de los contratos» (esto es, los PECL).

[10] Conviene destacar cómo se estructuran en la *Propuesta mercantil* las normas generales de los contratos mercantiles del Libro I, Título IV, del Código de comercio (artículo segundo de la *Propuesta mercantil*).

Además de unas previas disposiciones generales –en la Secc. 1.^a, «*Del régimen jurídico de los contratos mercantiles*» y en el art. 50– desde la Sección 2.^a hasta la 8.^a del artículo segundo de la *Propuesta Mercantil*, se siguen «*las sucesivas fases que cabe distinguir en la vida de los contratos, desde los deberes precontractuales, que carecen de una regulación legal específica en nuestro Derecho positivo, hasta la extinción e incumplimiento de los contratos, pasando por la perfección, interpretación, contenido y cumplimiento del contrato*» (explicación de la Exposición de Motivos). Y, así: la Sección 2.^a trata «*De los deberes precontractuales*» (art. 51), la 3.^a «*De la perfección del contrato mercantil*» (arts. 52 a 54), la 4.^a «*De la interpretación de los contratos mercantiles*» (art. 55), la 5.^a «*Del contenido del contrato*» (arts. 56, 57), la 6.^a «*Del cumplimiento del contrato*» (arts. 58, 59), la 7.^a «*De la extinción y excesiva onerosidad*» (arts. 60, 61) y la 8.^a «*Del incumplimiento de los contratos mercantiles*» (arts. 62 a 66), etc.²². Entre otros posibles modelos, la *Propuesta mercantil* ha optado por sólo regular las obligaciones contractuales²³.

Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 2004, y que los Principios UNIDROIT que se tuvieron como referencia en tal Borrador fueron los de la versión de 1994 [«(...) Por otra parte, la Comisión general de codificación redactó el borrador antes de que se publicaran los Principios UNIDROIT, en 2004, por lo que tomaron como referencia la versión de 1994, que no regulaba la prescripción, y que, por tanto, no deberían servir para interpretar las disposiciones del borrador, a pesar de lo que se expresa en la parte introductoria de los Principios UNIDROIT»; MARTÍNEZ CAÑELLAS (2009), p. 292]. Por mi parte, en el incumplimiento y sus remedios de la *Propuesta mercantil*, comparo con la versión de 2004.

²² Sección 9.^a «*De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles*» (arts. 67 a 73), Sección 10.^a «*De la cesión del créditos mercantiles*» (arts. 74 a 79), Sección 11.^a «*De la solidaridad en las obligaciones mercantiles*» (art. 80) PM, dentro del Título IV «*Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles*» del Libro I de la *Propuesta mercantil*. La Sección 9.^a incorpora la Ley 3/2004 [sobre esta Ley y normativa conexas: PERALES VISCASILLAS (2006)].

²³ En sus directrices para la reforma del Código civil, PANTALEÓN ha escrito: «(...) Frente al incumplimiento *contractual* más exactamente, porque advierto ya que las reflexiones que siguen se contraen al incumplimiento de las obligaciones y deberes que tienen su fuente en los contratos, desde mi íntima convicción de que, en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es sólo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado (...)» [cursiva del autor, ADC (1993), p. 1719; también, ADC (1991), pp. 1019-1020]. Comparte la opinión de PANTALEÓN, MORALES MORENO (2006-A), p. 18. *Vid.* además, BARROS BOURIE (2009), pp. 138-147, y respuesta de MORALES MORENO (2009), pp. 198-204, 213-214.

[i] Este modelo y sistemática se encuentran en los Principios UNIDROIT y en los PECL. También, dicho de modo más matizado, lo emplea la CISG.

2.2 La Exposición de Motivos de la Propuesta civil

[11] Comienza señalando, que «[m]uy pocas personas habrán que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos» de los Títulos I y II del Libro IV (arts. 1088-1314) en «donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales» promulgados y puestos en vigor en 1889 (apartado I EM). Se añade que «sería exagerado hablar de necesidad de reforma» y menos de reforma «perentoria», pues, si «este importantísimo sector del ordenamiento jurídico-privado» ha solucionado, por vía jurisprudencial y doctrinal los conflictos que han podido plantearse, podrá hacerlo en el futuro, «pero la conveniencia [de la reforma] es indiscutible» (apartado II EM).

Se señala, además, que en el Código civil la materia de las Obligaciones y de los Contratos no fue objeto de especial empeño (otras cuestiones preocupaban más, entonces) y que toda reflexión sobre el Derecho de contratos fue más bien superficial (apartado II EM). Se resalta la importancia que se dio al principio de la autonomía de la voluntad (apartado II EM). Y se advierte de que los cambios habidos en el siglo XX han incidido en la materia de los contratos y ello «ha impulsado el nacimiento de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia sirviéndose de nuevos puntos de vista y de nuevos criterios» (apartado III EM). En relación con dichos «cuerpos de derecho» (apartado IV EM), el camino lo abrió la CISG. Tras ella vinieron los Principios UNIDROIT y los PECL y una serie de directivas comunitarias sobre la contratación con consumidores. Esto ha provocado que «algunos países de lo que se suele llamar nuestro entorno hayan sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos» (apartado III EM). Así, Alemania, «con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, que ha introducido muy profundas variaciones en el Código civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en

algunos otros países europeos» (apartado III EM). «*Todo ello aconseja que las ya centenarias normas de nuestro Código Civil en esta materia sean examinadas, reexaminadas y en lo necesario sustituidas por otras»* (apartado III EM).

Expuestas las razones de la reforma, la Exposición de Motivos indica la finalidad perseguida: la de «*buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy»* (apartado III EM)²⁴.

[12] Desde el apartado V hasta el X de la Exposición de Motivos, se hacen unas consideraciones genéricas sobre la materia reformada y las líneas seguidas. Por la brevedad de la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*, resalta la particular y especial atención que al incumplimiento y a sus remedios se presta. Se le dedica todo el apartado VIII. Conviene mostrar qué se nos dice.

En primer lugar, se exponen las deficiencias que el incumplimiento contractual ha tenido en los códigos decimonónicos. Se señala que los Códigos del XIX carecen «*de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien lo padece»*. Además, había «*un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación»*.

Tras ello, se destacan las líneas maestras de la *Propuesta civil* en el incumplimiento. Así, se nos informa del abandono del llamado *favor debitoris*, del cual se indica que «*no es el mejor medio para hacer dinámica una economía»*²⁵. Ese abandono se traduce en que el deudor incumplidor *no se exonera cuando es no culpable, sino cuando hay justas causas de exoneración*; que el acreedor dispone *siempre de la pretensión de cumplimiento, salvo que la prestación sea imposible o especialmente onerosa*; y que el perjudica-

²⁴ El texto continúa: «No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas (...).»

²⁵ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos* (2008), 6.ª ed., p. 650. Además: «Por lo que se refiere al tópico del *favor debitoris*, me remito a lo que más arriba dije. Hay que considerarlo como profundamente antieconómico y, si se quieren proteger efectivamente los intereses del tráfico, mi opinión es que es preferible ser exigente antes que benévolo» (*op. cit.*, p. 652).

do por el incumplimiento puede *siempre resolver el contrato en los casos en que el incumplimiento sea esencial*. En definitiva, se concluye: «[E]l dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento».

[13] La *Propuesta civil* respeta la estructura básica del Código civil. Mantiene en el Libro IV, el Título I, *De las Obligaciones*, y el Título II, *De los Contratos*, modificando notablemente su contenido y esquema. El Capítulo VII del Título I del Libro IV de la *Propuesta civil*, trata del incumplimiento y sus remedios (arts. 1188 a 1212).

[14] Al igual que en la *Propuesta mercantil*, en la *Propuesta civil* se regula la contratación con consumidores (en su núcleo sustancial²⁶; más allá, sobre el fundamento competencial de la *Propuesta civil*: art. 149.1.8.^a CE, EM núm. 10).

2.3 La Exposición de Motivos de la Propuesta sobre compraventa

[15] Indica que aunque la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de con-*

²⁶ En el apartado IX de la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se mencionan los posibles modelos de regulación del sector del Derecho de consumo y se explica la razón del adoptado en la *Propuesta civil*: «Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación del moderno Derecho de obligaciones y contratos con las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte o veinticinco años en la materia que hoy se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores. No puede desconocerse que estas regulaciones modernas significan un cambio en los puntos de vista de valoración de determinadas circunstancias que alteran en profundidad el Derecho tradicional. Ante ello puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas, del tipo de las que los codificadores de 1889 realizaron a tantas leyes especiales. No puede ocultarse que este tipo de solución sería preferida por los especialistas en la materia que profesan lo que algún autor llamó la «especialización científica» y considera como una intrusión en un cuerpo de leyes, por más que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes especiales, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas puede resultar mayor. En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de las obligaciones, y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia» (cursiva mía).

*sumo*²⁷ se ha incorporado al ordenamiento español²⁸, «no deja de ser necesario acometer la tarea de reformar, parcialmente, las normas del Código civil sobre el contrato de compraventa» (núm. 1). Se destaca que la Directiva emplea el sistema de responsabilidad contractual de la CISG, sistema que también proponen los PECL y al que se viene orientando en buena medida y desde hace tiempo la evolución del ordenamiento español. Y, ese «(...) nuevo sistema se caracteriza por utilizar un concepto unitario de incumplimiento del contrato y articular, adecuadamente, los remedios tradicionales con que cuenta en este caso» [el de falta de conformidad] *el acreedor*» (núm. 1). La reforma de la compraventa responde a la exigencia ineludible de modernizar el Código civil: se «[t]rata de incorporar al Código esos nuevos principios en los que se sustenta la Convención de Viena, la Directiva [1999/44] y la Ley 23/2003 de incorporación a la misma al Derecho español²⁹ [hoy en el TRLGD-CU 2007]» (núm. 1). Por ello, la *Propuesta sobre compraventa*

²⁷ Como es conocido, hay iniciado un proceso de reforma de cuatro directivas comunitarias de protección de los consumidores mediante la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores* [COM (2008) 614 final; o PDDC en lo sucesivo]. Entre las cuatro directivas objeto de reforma se encuentra la Directiva 1999/44/CE [cfr., entre otros, arts. 21 a 29 de la *Propuesta de Directiva*; vid. Dictamen del Comité de las Regiones sobre «derechos de los consumidores» (DOUE C, núm. 200, 25 de agosto de 2009)]. La citada *Propuesta de Directiva* está suscitando el progresivo estudio académico y una de las cuestiones que por su importancia está en el centro del debate es el hecho de que en la *Propuesta* se haya optado por la armonización plena con las implicaciones que ello supone para los derechos internos de los Estados miembros, en cuanto a su construcción y coherencia interna y en cuanto que para algunos Estados la PDDC puede implicar una reducción del nivel de protección de su legislación interna protectora de los consumidores. En general, y en el momento en el que se redactan estas líneas, los académicos se muestran muy críticos con la adopción del objetivo de la armonización plena. Según el artículo 4 PDDC: «Armonización plena./ Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores» [vid. Considerandos (2), (8) PDDC; además, art. 1 PDDC]. La armonización plena se contrapone a la de la armonización mínima. Esta última ha sido, con anterioridad, acogida en diversas directivas protectoras de los consumidores (y de realización del mercado interior) lo que ha permitido que surja el problema de la fragmentación jurídica en el marco europeo cuando los Estados miembros han hecho uso de la oportuna cláusula mínima de armonización. Con carácter general y por autores con distinta formación legal y diferente perspectiva de análisis, sobre la *Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores*, entre otros: LETE ACHIRICA (2009), pp. 493-511, en especial pp. 508-510; LILLEHOLT, *ERPL*, vol. 17, no. 3 (2009), pp. 335-343; vid., en particular, el apartado 5 «Conclusions» en p. 343); PAISANT, *SJ* (2009), núm. 9, I-118, núm. 15, p. 14, núms. 17-24, pp. 14-16; ROTT/TERRYN, *ZEuP* (2009/3), pp. 458-465, 477-482, 487-488; HOWELLS/SCHULZE (2009), pp. 3-25. Un estudio comparado y crítico, centrado en la Directiva 1999/44/CE y en los correspondientes artículos de la *Propuesta de Directiva*: TWIGG-FLESNER (2009), pp. 147-176. Sobre la técnica de la armonización máxima, una valoración crítica e implicaciones: MAK, *ERPL* (2009/1), pp. 55-73.

²⁸ La *Propuesta sobre compraventa* es de 2005 y, en aquel entonces, la incorporación de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español se había hecho mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Hoy, en el TRLGDCU 2009, artículos 114 y ss.

²⁹ Me remito a la nota que antecede a ésta.

sigue las directrices que indico a continuación (núms. 1, 6, 10, primer núm. 25 de la EM)³⁰:

a) Los vicios ocultos se sustituyen por la falta de conformidad, considerada ésta un incumplimiento del vendedor (entre otros, arts. 1474 a 1489 PCV).

b) La entrega de un inmueble con cabida distinta de la señalada en el contrato no se califica de falta de conformidad, «*si no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta*», pudiendo pedirse, en este último caso, el reajuste del precio o, superándose ciertos valores, desistir de la compraventa (arts. 1477, primera regla, PCV, 1448 PCV)³¹. Por otro lado, hay falta de conformidad si el vendedor no entrega «*todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada*» (art. 1477, segunda regla, PCV)³².

c) La evicción y las cargas o gravámenes ocultos se sustituyen por una regulación de los vicios jurídicos considerados, asimismo, como un incumplimiento del vendedor (arts. 1490 a 1496 PCV).

d) Finalmente, la Disposición Adicional de la *Propuesta sobre compraventa* dispone: «Las referencias contenidas en cualquier disposición al régimen del Código Civil sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos se entenderán hechas, en lo pertinente, al régimen que establecen las Secciones Segunda [arts. 1474 a 1489] y Tercera [1490 a 1499] del Capítulo 111 [*sic*] del Título IV del Libro IV del Código civil». Esto es, las referencias han de entenderse hechas a la regulación de la entrega de cosa conforme y, a la de entrega de cosa libre de derechos de tercero³³.

³⁰ MORALES MORENO, *ADC* (2003-A) pp. 1631, 1632-1633, 1645-1646.

³¹ Artículo 1477 PCV: «Si no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta, en la venta de inmueble no constituirá falta de conformidad de la cosa el que la cabida sea distinta de la expresada al contratar, pero sí lo será que el vendedor no entregue todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada». Artículo 1448 PCV: «A salvo lo dispuesto en el artículo 1477, si la venta de un inmueble se hubiere hecho con expresión de su cabida en razón de un precio por unidad de medida y la cabida real fuera distinta de la expresada, podrá pedirse el reajuste proporcional del precio dentro de los seis meses siguientes al día de la entrega de la cosa. Cuando la cabida real excediera en una vigésima parte podrá el comprador, en dicho plazo, desistir del contrato, notificándose al vendedor y éste podrá impedir dicho desistimiento aceptando sin demora que el incremento del precio no rebase la vigésima parte».

³² *Vid.* la nota que antecede a ésta.

³³ SAN MIGUEL PRADERA, por ejemplo, defiende para el arrendamiento de cosas del Código civil la sustitución del saneamiento por vicios ocultos por una regulación que recoja la figura de la falta de conformidad [*ADC* (2008) pp. 2004-2006]. *Vid.*, además, LLÁCER MATAJÁS (2009) pp. 461-474.

Según el artículo cuarto de la *Propuesta sobre compraventa*: «Se introducen las siguientes modificaciones en los apartados o rúbricas de los mismos del título IV del libro IV del Código civil. (...) En el Capítulo IV se crea una Sección 2.^a, que precederá y agrupará a los artículos 1474 a 1489, bajo la rúbrica, “Del deber de entregar la cosa libre de derechos de tercero./ En el Capítulo cuarto se crea una Sección 3.^a, que precederá y agru-

[i] Como he indicado, las anteriores figuras se justifican en el incumplimiento del vendedor. Es oportuna la transcripción del artículo 1445 PCV:

«Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas.»

[16] En la *Propuesta sobre compraventa*, no se da un tratamiento particular a la compraventa en la que el comprador es un consumidor. La razón es que la *Propuesta sobre compraventa* generaliza, a todas las compraventas, el régimen específico que la Directiva 1999/44/CE diseñó para la compraventa en que intervienen el consumidor y el empresario³⁴ (cfr. §§ 433 ss. BGB para la compraventa en general y §§ 474 ss. BGB para la compraventa de consumo).

2.4 La oportunidad de la reforma y la influencia de ciertos textos

[17] La idea común en las Exposiciones de Motivos de las *Propuestas* es que, hoy, ha de reformarse el Derecho de Obligaciones y Contratos (en la *Propuesta mercantil*, se califica de absolutamente indispensable; en la *civil*, de conveniente; en la de *compraventa*, de necesario). Un Derecho de finales del siglo XIX no es adecuado para el tráfico económico del siglo XXI.

El nuevo modelo del incumplimiento contractual se encuentra en la CISG, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, textos de distinta fuerza vinculante³⁵, que han ejercido una palpable influencia en las tres *Propuestas*. Además, en el entorno europeo, hay Ordenamientos que han modernizado su Derecho. En la *Propuesta*

pará a los artículos 1490 a 1499”, bajo la rúbrica, “Del deber de entregar la cosa libre de derechos de tercero”. Cfr. *supra*, nota 13.

³⁴ Artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE: «(...) / 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: / a) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional; / (...) / c) “vendedor”: cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional; / d) “productor”: el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo; / (...)». Cfr. artículo 2, apartados 1), 2) y 17) de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores*, COM(2008), 614 final (cfr. *supra* nota 27).

³⁵ La CISG es Derecho positivo español; no los Principios UNIDROIT, ni los PECL. Vid. *Preámbulo (Propósito de los Principios)* de los Principios UNIDROIT; Artículo 1:101 (*Application of the Principles*) PECL; *supra*, nota 9. En el Derecho chileno, VIDAL OLIVARES reinterpreta el Código civil de Chile en la línea del sistema del incumplimiento de la CISG [«comprensión del contrato», «noción de incumplimiento», «pluralidad de remedios y opción del acreedor»]; (2008) pp. 443-451, en particular a partir de la p. 447, en las pp. 434-440 expone el modelo de la CISG].

civil se alude expresamente a Alemania (reforma del BGB de 2002), y puede decirse que su regulación ha estado presente en aquélla. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se hace, asimismo, una alusión genérica a otros Ordenamientos. Sobre el Derecho francés, se destaca que hay movimientos similares de reforma³⁶. Y, «*todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse*». Probablemente se esté aludiendo al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (*supra* [3] c) [i]).

II. LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

[18] A continuación voy a proceder al estudio del incumplimiento; pero, antes, he de hacer una precisión terminológica.

[19] Para referirse a los sujetos, en el incumplimiento contractual, los Principios UNIDROIT suelen emplear las expresiones, «partes», «quien incumplió» y «parte perjudicada por el incumplimiento»³⁷. Lo mismo hacen los PECL, si bien los Comentaristas que los acompañan también se refieren al deudor y al acreedor. En esa línea descriptiva de los comportamientos de las partes contratantes se sitúa la *Propuesta mercantil*, aunque, en ciertas ocasiones, se alude al deudor. La *Propuesta civil*, en cambio, emplea los términos de deudor y acreedor.

Por mi parte voy a utilizar normalmente la terminología de la *Propuesta civil* en este trabajo³⁸. Si utilizo otra terminología, la causa es el texto jurídico que en ese momento esté manejando.

1. LAS CUESTIONES OBJETO DE ESTUDIO

[20] Las cuestiones de las que trato en este trabajo son las siguientes:

Primera: La estructura que se adopta para la regulación del incumplimiento.

³⁶ Sobre el Proyecto de la Chancellerie de reforma del Derecho de contratos de 2008: PICOD, *InDret*, 4.09, pp. 4-10; sobre el conocido como Anteproyecto Catala de 2005: CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC* (2007), pp. 621-848.

³⁷ Pero el artículo 1.11 Principios UNIDROIT: «(Definiciones). A los fines de estos Principios: (...) / «deudor» o «deudora» es la parte a quien compete cumplir una obligación, y «acreedor» o «acreedora» es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento. / (...)». Según el Comentario 3 del artículo 1.11 Principios UNIDROIT: «Deudor»-«Acreedor»/ En aquellos casos en que sea necesario, se utilizan las palabras «deudor» y «acreedor» con el fin de lograr una mejor identificación de la parte que cumple y la parte que recibe el cumplimiento de una obligación, independientemente de que se trate de obligaciones dinerarias o no dinerarias» [Principios UNIDROIT (2004), p. 32].

³⁸ *Vid.* núm. 40 (p. 16), de la *Introduction DCFR 2009* [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

Segunda: La definición de incumplimiento, que analizo solo desde la perspectiva contractual.

Tercera: La regla de la no invocación del incumplimiento por aquél que lo causó.

Cuarta: La imputación al deudor de los actos de sus auxiliares y colaboradores.

Y quinta: La imposibilidad originaria de la prestación y su relación con el incumplimiento.

2. LA ESTRUCTURA QUE SE ADOPTA PARA LA REGULACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

[21] Comparada con el Código civil, la *Propuesta civil* supone un giro radical. Estructura el incumplimiento, pues, *lo define y le asocia unos remedios*³⁹.

Dentro del Libro IV, Título I, Capítulo VII («*Del incumplimiento*»), la Sección 1.^a contiene las «*Disposiciones generales*» (arts. 1188 a 1191), en donde, entre otras cosas, se define qué es el incumplimiento (art. 1188.I PC) y se indican cuáles son los remedios del acreedor por incumplimiento (art. 1190 PC, además art. 1191 PC). En las Secciones siguientes, se regula cada uno de esos remedios. En concreto: la Sección 2.^a trata «*De la acción de cumplimiento*» (arts. 1192 a 1196); la Sección 3.^a, «*De la reducción del precio*» (arts. 1197, 1198); la Sección 4.^a, «*De la resolución por incumplimiento*» (arts. 1199 a 1204), y la Sección 5.^a, «*De la indemnización de daños y perjuicios*» (arts. 1205 a 1212).

[22] El diseño que del incumplimiento y de sus remedios se hace en la *Propuesta mercantil* no tiene la precisión estructural del de la *Propuesta civil*.

En la *Propuesta mercantil*, en el Libro I, Título IV, la Sección 8.^a se titula «*Del incumplimiento de los contratos mercantiles*». Esta Sección 8.^a, conformada por cinco artículos (arts. 62 a 66), algunos de larga redacción, no se subdivide. De manera sucesiva, en cada uno de esos artículos 62 a 66 PM se van regulando los remedios del incumplimiento que la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación ha estimado oportuno reglar (en concreto, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños y perjuicios).

[23] La anterior estructura de la regulación del incumplimiento y sus remedios de la *Propuesta civil* coincide con el planteamiento y diseño que algunos de nuestros autores hacen: *el incumplimiento del deudor como presupuesto jurídico (aglutinador) y la*

³⁹ En relación con el Código civil: FENOY PICÓN, CCJC (2005) [25]-[31], pp. 547-553.

articulación de un conjunto de remedios del acreedor como consecuencia jurídica del incumplimiento (si bien cada remedio tiene sus propios requisitos aplicativos)⁴⁰. Creo que una de las claves del posible éxito de esta estructura conceptual es que se trata de una idea simple y sencilla. Además, considero que cumple bien la función de organizar al incumplimiento. Por ello entiendo adecuado su adopción en la *Propuesta civil*.

[i] Esta estructura general del incumplimiento se encuentra en los Principios UNIDROIT y en los PECL.

a) El Capítulo 7 de los Principios UNIDROIT, rubricado «*Incumplimiento*», se divide en: Sección 1, «*Incumplimiento en general*»; Sección 2, «*Derecho a reclamar el cumplimiento*»; Sección 3, «*Resolución*»; y Sección 4, «*Resarcimiento*».

b) El Capítulo 8 de los PECL se titula «*Non-Performance and Remedies in General*» y el Capítulo 9 de los PECL, «*Particular Remedies for Non-performance*». Dentro del Capítulo 9, la *Section 1* trata del «*Right to performance*»; la *Section 2*, «*Withholding Performance*»; la *Section 3*, «*Termination of the Contract*»; la *Section 4*, «*Price Reduction*», y la *Section 5*, «*Damages and Interest*».

3. LA DEFINICIÓN DE INCUMPLIMIENTO

[24] La *Propuesta mercantil* no indica, qué debemos entender por incumplimiento. La *Propuesta civil*, en cambio, ofrece una noción directa del mismo (art. 1188.I PC). Es ésta una novedad de la *Propuesta civil*, comparándola con el Código civil, el cual carece de una definición así⁴¹. El artículo 1188.I PC dispone:

«Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»⁴².

⁴⁰ Así, por ejemplo: MORALES MORENO (*infra* [25] [i]); PANTALEÓN, *ADC* (1991), pp. 1720-1721 y 1727-1728; SAN MIGUEL PRADERA (2004) [132]-[137], pp. 122-126; INFANTE RUIZ (2008), pp. 172-181; FENOY PICÓN (en la nota que antecede a ésta); en relación con la CISG, VIDAL OLIVARES (2006), pp. 27-32 y (2008) pp. 434-440.

⁴¹ No obstante, puede buscarse una definición básica de incumplimiento, por ejemplo, en el artículo 1124.I CC: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». Pero es claro que el Código civil no contiene un artículo dedicado a definir qué es el incumplimiento como hace la *Propuesta civil* en el artículo 1188.I; además, la expresión del artículo 1124 CC exige determinar qué es lo que incumbe cumplir al deudor; finalmente, lo que artículo 1124 CC pretende llevar a cabo es la regulación del remedio de la resolución de la relación contractual. FENOY PICÓN, *CCJC* (2005) [27]-[29], pp. 548-551; MORALES MORENO (2006-A), p. 36.

⁴² Contrástese la regla con estas afirmaciones de Luis Díez-PICAZO: «Tras todo ello, para definir el incumplimiento puede proponerse una fórmula muy similar a la que aparece en el artículo 8:101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos: hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro

[25] ¿Qué rasgos puede entenderse que caracterizan a la noción de incumplimiento de la *Propuesta civil*? Los tres que siguen.

Uno, la adopción de una noción amplia y unitaria de incumplimiento.

Otro, segundo, que el deudor incumple tanto si lo que no ejecuta son obligaciones (contractuales), deberes de prestación; cuanto si no se logra el resultado fáctico de la existencia o inexistencia de ciertos estados de la realidad incorporados al contrato o/y garantizados por el deudor al acreedor. Por ejemplo, se asegura y garantiza que el cuadro que se vende es de cierto autor (atribución de una cualidad al objeto), comprobándose después que es de otro autor, de inferior valor en el mercado de obras de arte. En términos genéricos, el incumplimiento implica la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato.

Y el tercer y último rasgo del incumplimiento de la *Propuesta civil* es que el incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. Basta constatar que ha habido una divergencia entre lo materialmente ejecutado y lo diseñado y exigible según el contrato, para que pueda decirse que el deudor ha incumplido. El incumplimiento incluye el incumplimiento inexcusable y el excusable.

El primer rasgo del incumplimiento (noción amplia) se percibe en la propia definición que el artículo 1188.I PC da de él. El tercer rasgo (noción neutra) se descubre, por ejemplo, en los artículos 1568 PC (art. 1568 CC) (arrendamiento de cosas) y 1452 PC (art. 1452 CC) (compraventa). Este carácter neutro del incumplimiento permite una norma como la del artículo 1209.IV PC, localizada en la regulación del remedio indemnizatorio. Finalmente, el segundo rasgo del incumplimiento (insatisfacción del interés del acreedor) puede extraerse de diversas normas. Por ejemplo, de la norma que dispone que no afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación (la imposibilidad originaria del art. 1303 PC) en coordinación con la norma que para el contrato de compraventa dispone, que la imposibilidad originaria no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento (art. 1460.I PC); o, de la regla que dispone que quedan insertas en el contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones de un profesional rea-

de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben» [*Fundamentos II* (2008), 6.ª ed., p. 654].

lizadas en la publicidad o en actividades de promoción (art. 1276 PC; adviértase que la regla va referida al contratante profesional).

[i] En su reciente trabajo sobre el lucro cesante en el Derecho español (2010), Morales Moreno precisa que el concepto de incumplimiento que utiliza se encuentra en los PECL (y reproduce el art. 1:103 (4) PECL, el cual define al incumplimiento: *infra* [29] [iii]). Indica, además, que la noción de incumplimiento que maneja la aplica la CISG, aunque ésta no defina que es el incumplimiento⁴³. Dicho esto, caracteriza al concepto de incumplimiento por los rasgos de:

- a) su amplitud⁴⁴;
- b) porque contempla ante todo la falta de satisfacción del interés del acreedor⁴⁵;
- c) porque es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor⁴⁶.

Tras ello, afirma:

«En el nuevo sistema de responsabilidad contractual, el incumplimiento es el supuesto básico de todos los remedios: de la preten-

⁴³ Además de las citas que hago en las notas que siguen a ésta de Morales Moreno: MORALES MORENO (2006-A), pp. 19-22, 29-30, 32-35 y (2006-B) pp. 56-57. Vid. SAN MIGUEL PRADERA (2004) [132]-[134], pp. 122-124; PANTALEÓN, ADC (1993), pp. 1720-1727; en relación con la CISG, VIDAL OLIVARES (2006), pp. 27-29 y (2008) pp. 434-438.

⁴⁴ MORALES MORENO [(2010) p. 29]: «1) En primer lugar, por su *amplitud*. Consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Tal amplitud permite integrar, en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual (en sentido amplio) que encontramos en el Código civil. De este modo podemos hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. La mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución, como un remedio, entre otros, del incumplimiento./ La unificación del sistema de responsabilidad contractual exige la configuración de un concepto unitario de incumplimiento, suficientemente amplio para abarcar todas sus manifestaciones, tal como hacen los PECL».

⁴⁵ MORALES MORENO [(2010), p. 30]: «2) En segundo lugar, el nuevo concepto de incumplimiento contempla, ante todo, la *falta de satisfacción del interés del acreedor* garantizado por el contrato. Por eso, no sólo se refiere a la inejecución de deberes de conducta previstos en el contrato (obligaciones), sino también a la existencia o inexistencia de ciertos hechos, circunstancias o estados de la realidad presupuestos en el contrato y garantizados por un contratante en interés del otro. No es sólo un incumplimiento de obligaciones, aunque pueda seguir siendo designado así, sino un incumplimiento del contrato».

Para la compraventa de empresas: GÓMEZ POMAR (2007), pp. 32-38. PANTALEÓN, ADC (1993), pp. 1720-1721.

⁴⁶ MORALES MORENO [(2010) p. 30]: «3) En tercer lugar, es un *concepto neutro*, desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. Constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche./ Esto sucede en todo tipo de obligaciones, tanto en las denominadas obligaciones de resultado como en las de medios. En estas últimas, la culpa del deudor, que ha de probar el acreedor, no es otra cosa que la omisión de la conducta debida; es decir, no es otra cosa que el propio incumplimiento». Plantea BARROS BOURIE (Ponencia) si es posible construir un concepto unitario de incumplimiento que incluya a las obligaciones de hacer de medios [(2009), pp. 157-192], a quien responde MORALES MORENO (Contra Ponencia) entendiendo que sí es posible [(2009), pp. 209-221, en particular a partir de la p. 215].

sión de cumplimiento, de la suspensión del cumplimiento, de la resolución, de la reducción de la contraprestación, y de la indemnización de daños. Por eso hemos de configurarlo con los elementos mínimos necesarios para que pueda cumplir esa función. Cada remedio puede tener, además, su propio supuesto, complementario, que se añade al genérico del incumplimiento. Así sucede en la indemnización de daños o en la resolución»⁴⁷.

Morales Moreno aplica este concepto de incumplimiento al Código civil.

[26] A continuación voy a desenvolver el rasgo de que el incumplimiento es una noción amplia y unitaria y, una noción neutra. El rasgo de la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato y, cómo el mismo puede construirse, lo desenvolveré en otro lugar. En concreto, cuando analice los artículos 1303 (imposibilidad originaria y validez del contrato) y 1460.I PC (imposibilidad originaria e incumplimiento en la compraventa). Este último rasgo permite plantear la cuestión de la concurrencia entre el error y el dolo y el incumplimiento, y cómo se relacionan entre sí. Tal cuestión puede plantearse porque ciertos estados de la realidad se incorporan al contrato (forman parte de la regla contractual) y su no realización supone un incumplimiento del contrato. Esta cuestión requiere de una amplia explicación y, del tratamiento de aspectos contractuales conexos, no ligados estrictamente al incumplimiento. Por ello, he considerado adecuado explicarlo al final de este trabajo (dentro del epígrafe 6). Evito, de este modo, tratar ahora cuestiones que no encajan estrictamente en el hilo conductor de la exposición y reiteraciones.

3.1 Una noción amplia y unitaria

[27] La idea nuclear del incumplimiento es la de que el «deudor no realiza *exactamente*» (art. 1188.I PC, *supra* [24]). Es indiferente que lo que no realice exactamente sea la *prestación principal* a que se obligó o, cualquier *otro de los deberes que resulten de la obligación* (sea por la autonomía de la voluntad, sea por ley; art. 1188.I PC).

[28] El artículo 1188.I PC no menciona a ninguna modalidad (o tipo) de incumplimiento.

a) *No menciona la mora del deudor, ni al retraso.* Si hay fecha fijada para el cumplimiento, en la *Propuesta civil* desaparece la

⁴⁷ MORALES MORENO (2010), p. 30.

exigencia del Código civil de la intimación al cumplimiento del artículo 1101 CC (cfr. arts. 67, 70 y 946 PM). Y, si bien en otros preceptos de la *Propuesta civil* se emplea el término mora, puede desprenderse que se hace en el sentido de retraso en el cumplimiento⁴⁸. En la *Propuesta civil*, puede considerarse incumplimiento el mero hecho de que el deudor no cumpla en la fecha de vencimiento de la obligación contractual (el retraso es incumplimiento). Por otro lado, el artículo 1188.I PC tampoco alude al cumplimiento retrasado, sí mencionado en otros preceptos de la *Propuesta civil*⁴⁹. Pues, como estoy indicando, el artículo 1188.I PC define el incumplimiento, abstrayéndose de su tipología.

b) De lo que acabo de indicar es lógico que el artículo 1188.I PC tampoco aluda al «cumplimiento defectuoso». Esta habitual expresión es sustituida en la *Propuesta civil*, en ocasiones, por la de «no conformidad» de la prestación⁵⁰. Es conocido que la «no conformidad» se incorporó a nuestro Ordenamiento mediante la CISG (art. 35), recogiéndola después el Texto Refundido de Consumidores de 2007 (art. 116 TRLGDCU; con anterioridad art. 3 Ley 23/2003), por contenerla la Directiva 1999/44/CE.

c) El artículo 1188.I PC no menciona la *imposibilidad sobrevenida, total, definitiva y no imputable al deudor*. En la *Propuesta civil*, la imposibilidad sobrevenida de cumplir, no imputable al deudor (casual), es incumplimiento. Esto implica, que no se acoge la distinción entre incumplimiento y «teoría de los riesgos». Pero, de esto doy cuenta más detallada en el siguiente epígrafe 3.2.1. Lo que ahora quiero destacar es que en la noción de incumplimiento de la *Propuesta civil* no se menciona a la imposibilidad sobrevenida y que la misma tiene encaje directo en el artículo 1188.I PC.

⁴⁸ Pero, en otros artículos de la *Propuesta civil* se hace referencia a la mora, parece que desde una perspectiva tradicional. Por ejemplo, el artículo 1138 PC, en la solidaridad de acreedores: «Cualquier acreedor podrá poner en mora al deudor con efectos para todos los acreedores./ Los efectos de la mora en recibir de un acreedor solidario se extienden a los demás». En la *Propuesta civil* se reforma el artículo 1501.3.º CC, en la regulación del contrato de compraventa, con esta formulación: «Supuesto 3.º/ 3.º Si se hubiere incurrido en mora».

⁴⁹ Otros preceptos de la *Propuesta civil* se refieren al cumplimiento retrasado. Por ejemplo, los artículos 1146.I, 1148.I (todos en el Capítulo dedicado a las cláusulas penales). Al ofrecimiento tardío se refiere el artículo 1201 (en la resolución de la relación contractual).

⁵⁰ Por ejemplo, los artículos 1197.I (que regula el remedio de la reducción del precio), 1200.I, 1201 (ambos en sede del remedio de la resolución de la relación contractual). También alude a la no conformidad y a los vicios jurídicos, el artículo 1166.II (que regula la dación en pago; en la *Propuesta sobre compraventa* se emplea la terminología de no conformidad y la de vicios jurídicos).

Pero, otras veces, la *Propuesta civil* sigue utilizando la expresión cumplimiento defectuoso. Por ejemplo, en los artículos 1146.I, 1148.I (ambos en la regulación de las cláusulas penales), 1262.3.b) (cláusulas o condiciones generales de la contratación abusivas) PC.

d) Finalmente, el artículo 1188.I PC no alude a la infracción del deber de colaborar o de cooperar en el cumplimiento del contrato. (*vid.* nota 51)

[29] Si bien para calificar la actuación del deudor como incumplimiento, en la definición del artículo 1188.I PC no se da especial relevancia al tipo de incumplimiento en que el deudor haya incidido, el mismo sí está presente en la regulación de algunos de los remedios por incumplimiento (por ejemplo, en la resolución de la relación contractual, en la reducción del precio).

[i] A diferencia de la Propuesta civil, en las definiciones, que del incumplimiento nos ofrecen los Principios UNIDROIT y los PECL, sí se mencionan ciertos tipos de incumplimiento. No obstante, dichas definiciones pueden caracterizarse por recoger una noción amplia y unitaria del incumplimiento.

[ii] El artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT dispone:

«(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.»

a) En el Comentario del artículo 7.1.1 se señala, como primera característica de la definición, que el incumplimiento «*incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total.* Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso» (cursiva mía).

[iii] Según el artículo 1:301 PECL:

«Meaning of Terms

In these Principles, except where the context otherwise requires:

(...).

(4) “non-performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.»

a) En el *Comment D* del artículo 1:301 (4) PECL se señala que el término *non-performance* se emplea como *término general que cubre cualquier falta en el cumplimiento y por cualquier causa.* La definición de incumplimiento abarca *todas* las posibles formas de no llevar a cabo el cumplimiento, consista ello en una total inactividad (esto es, no llevar a cabo ninguna actuación para cumplir) o, que la conducta dirigida al cumplimiento del contrato no es de alguna mane-

ra conforme con el contrato, por ejemplo, *porque se hace tarde, de manera incompleta o de cualquier otra forma es defectuosa*. También se indica en el *Comment D* que el incumplimiento incluye no ejecutar el deber que el artículo 1:202 PECL impone, de cooperar en orden a dar pleno efecto al contrato⁵¹. Se añade, que, *en general, los PECL no distinguen un tipo de incumplimiento de otro*, si bien hay artículos que son aplicables a una concreta modalidad de incumplimiento⁵².

b) Las ideas que acabo de exponer se reiteran en el *Comment A* del artículo 8:101 PECL⁵³. Asimismo, se anticipan en las «Consideraciones generales» sobre los Capítulos 8 y 9 de los PECL⁵⁴. En definitiva, la amplitud es un rasgo caracterizador de la noción de incumplimiento contractual de los PECL, sobre el que la *Commission of European Contract Law* quiere llamar especialmente la atención.

[30] Que en la definición de incumplimiento de la *Propuesta civil* (art. 1188.I PC) no se indique que están incluidos ciertos tipos de incumplimiento, como hacen los Principios UNIDROIT y los PECL, creo que es un diseño legal más correcto. Las aclaraciones que los Principios UNIDROIT y los PECL hacen sobre qué tipos de incumplimiento incluye su definición, puede tener origen en la manera en que tales supuestos han sido tratados por los Derechos internos de los distintos países (por ejemplo, recuérdese la discusión doctrinal acerca de si el saneamiento por vicios ocultos puede justificarse en el incumplimiento o, el requisito de la intimación para poner en mora al deudor) y, los Principios UNIDROIT y los PECL se mueven en el ámbito de la contratación internacional, aunque los PECL tengan un alcance mayor.

En cualquier caso, los Principios UNIDROIT y los PECL adoptan una noción amplia y unitaria de incumplimiento contractual y en ello coincide la *Propuesta civil*. La *Propuesta civil* adopta ese

⁵¹ Artículo 1:202 PECL: «Duty to Co-operate/ Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract». Según el *Comment B* del artículo 1:202 PECL, en los PECL, la falta de cooperación es un incumplimiento de un deber contractual y atrae los remedios del incumplimiento contractual [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 120]. En el *Comment C* se indica, que el deber de cooperar se impone con el único fin de dar pleno efecto al contrato. En consecuencia, una parte no infringe dicho deber, si no lleva a cabo un acto que no ha prometido cumplir y no tiene interés para la otra parte; por ejemplo, no aceptar una oferta de cumplimiento de la otra parte, cuando ello no tiene consecuencias. En la *Illustration 5* se pone este ejemplo: B compra una entrada para ir al teatro que paga por adelantado mediante tarjeta de crédito y, no recoge la entrada o, no espera al cumplimiento. Esto no implica no cooperar u otro incumplimiento del contrato, habiendo B pagado el precio; quien se beneficia con la representación teatral no tiene interés en que se recoja la entrada. (*Op. cit.*, p. 120). En los Principios UNIDROIT, el artículo 5.1.3 dispone: «(Cooperación entre las partes)/. Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última». Cfr. artículo 58 PM.

⁵² Se citan los artículos 7:110, 7:111, 8:104, 9:104, 9:508 PECL [*Comment D* del art. 1:301 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 124].

⁵³ *Comment A* del artículo 8:101 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 359.

⁵⁴ LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. xxxvii-xxxviii.

modelo, purgándolo de aquello que a fecha de hoy no es necesario en un Derecho nacional y actual.

3.2 El carácter neutral del incumplimiento

[31] Sabemos que en la *Propuesta civil*, el incumplimiento es una noción neutra desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor.

Este rasgo del incumplimiento me va a permitir desarrollar dos cuestiones: *una*, que el incumplimiento de la *Propuesta civil* absorbe la «teoría de los riesgos»; *la otra*, cómo opera la imputación subjetiva en el remedio indemnizatorio y en el remedio del cumplimiento.

3.2.1 LA INCORPORACIÓN DE LA «TEORÍA DE LOS RIESGOS» AL INCUMPLIMIENTO. EL TRASPASO DEL RIESGO DE PÉRDIDA O DETERIORO CASUAL DE LA COSA DEL VENDEDOR AL COMPRADOR

[32] En la *Propuesta civil*, la imposibilidad sobrevenida y definitiva de la prestación no imputable al deudor es incumplimiento [art. 1188.I PC; *supra* [28] *c*]. La noción de incumplimiento incluye al inexcusable y al excusable. O, dicho de otro modo, en la *Propuesta civil*, el incumplimiento absorbe la conocida como «teoría de los riesgos»⁵⁵. Este diseño constituye un importante cambio, comparando con el del Código civil. En el Código, puede reconocerse la distinción entre incumplimiento (contractual), fundado en el comportamiento culposo del deudor (arts. 1101 a 1105 CC) y «teoría de los riesgos», que trata de la imposibilidad sobrevenida, definitiva y no imputable al deudor (así, arts. 1452, 1568, 1589, 1590 y CC; arts. 1182 ss. CC)⁵⁶.

[33] El artículo 1568 PC, en el contrato de arrendamiento de cosas, es un ejemplo de lo que digo.

Según el artículo 1568 CC, si la cosa se pierde ha de observarse lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183 CC, y si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se estará a lo dis-

⁵⁵ PANTALEÓN [ADC (1993), pp. 1732-1733], refiriéndose a la resolución de la relación contractual; MORALES MORENO (2006-A), pp. 32-34; FENOY PICÓN, CCJC (2005) [27]-[31], pp. 548-553. Cfr. artículos 1463-1466 CC italiano 1942.

⁵⁶ Sobre esta estructura, SAN MIGUEL PRADERA: da información detallada (Derecho español y comparado, opinión de los autores) desde la perspectiva que le interesa, la de la forma de ejercicio de la resolución de la relación contractual, con indicación del tratamiento que se da al *commodum representationis* y del tratamiento, que, en su opinión, es adecuado para la imposibilidad sobrevenida, total, permanente y no imputable al deudor (la autora entiende que es un supuesto de incumplimiento contractual) [(2004) [074]-[161], pp. 81-142 (para el Derecho español, en particular a partir de [093] ss. pp. 97 ss)].

puesto en los artículos 1101 y 1124 CC⁵⁷. En el artículo 1568 CC se percibe la dicotomía entre incumplimiento e imposibilidad sobrevenida total, definitiva y no imputable al deudor. En la *Propuesta civil*, el artículo 1568 PC suprime la referencia a la pérdida de la cosa y se remite, sin más, a la regulación del incumplimiento.

[i] Según el artículo 1568 PC:

«Si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará lo dispuesto en los artículos contenidos en el Capítulo VII del Título I de este Libro [arts. 1188 ss. PC].»

Este artículo 1568 PC exige, a mi juicio, una observación. Si la imposibilidad sobrevenida es una causa más de incumplimiento, no es necesario que en la regulación especial del arrendamiento haya una norma de remisión como la del artículo 1568 PC, que se limita a decir, que si un contratante falta al cumplimiento de lo estipulado, han de aplicarse las normas generales del incumplimiento. Otra cosa es que la redacción del artículo 1568 PC pueda explicarse por la previa redacción de la norma a la viene a sustituir. Creo aconsejable la supresión del artículo 1568 PC (y la del art. 1568 CC).

[34] Otro precepto de la *Propuesta civil*, en el que se trata del riesgo sobrevenido de pérdida o deterioro casual de la cosa es el artículo 1452, en el contrato de compraventa. Por ser la compraventa un

⁵⁷ Artículo 1568 CC: «Si se pierde la cosa arrendada o alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará respectivamente lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183 y en los artículos 1101 y 1124». En relación con la pérdida total de la cosa se plantea la cuestión de si la resolución de la relación arrendaticia es de pleno derecho (automática) o no. Refiriéndose a la pérdida de la cosa (añado: que es total), LUCAS FERNÁNDEZ indica: «La STS 3-III-51 declara que al perecer por caso fortuito la cosa arrendada, el contrato quedó resuelto de pleno derecho por ser ésta el objeto esencial para su existencia, conforme a lo establecido en el art. 1568, en relación con los 1136 y 1261 CC. (...) / Que sea por caso fortuito o por culpa de una de las partes no influye en la solución: en todos estos casos se produce la extinción del contrato. Si influirá en cambio la causa de la pérdida en otra consecuencia: en la indemnización de daños y perjuicios que no siendo por caso fortuito o fuerza mayor el culpable habrá de satisfacer a la otra parte. Mayores dudas puede ofrecer en el caso concreto y según las circunstancias que concurren la hipótesis de pérdida jurídica total o parcial, y la de pérdida física parcial» [(1993) 2.ª ed. pp. 1131-1132; también LUCAS FERNÁNDEZ (1997) 3.ª ed. (1997) pp. 1224-1225]. En cuanto al tenor del artículo 1568 CC, indica LUCAS FERNÁNDEZ: «Los dos últimos artículos (1101 y 1124) a que se remite en su caso el 1568 no se citaban en las primeras ediciones del Código, y sí, en la última edición oficial. / Inexplicablemente hay todavía comentaristas que en recientes publicaciones no tienen en cuenta la actual redacción del artículo 1568 y siguen comentando el precepto con la redacción antigua, que es desde luego oscura e incongruente. / Y no es que con la redacción definitiva sea el precepto un modelo digno de alabanza. Lejos de ello ha merecido una crítica adversa, porque, como dice García Goyena comentando el artículo 1499 del Proyecto de 1851, precedente del 1568 del actual Código, tal norma “es una consecuencia o aplicación de las reglas generales a que se refiere, y por esto ha sido suprimida en algunos Códigos; el arriendo se resuelve y extingue como las demás obligaciones”» [op. cit. (1997) p. 1223, v. también p. 1247].

contrato traslativo de la propiedad⁵⁸, a partir de un determinado momento, el riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa ha de trasladarse del vendedor al comprador. De la fijación de dicho momento se ocupa el artículo 1452 PC (art. 1452 PCV), precepto que, en una visión conjunta, ha de relacionarse con el artículo 1481 PCV.

Como es conocido, la regulación del Código civil de los riesgos, en el contrato de compraventa, no es hoy plenamente satisfactoria (art. 1452.I CC). En una aproximación básica, puede decirse que el riesgo de la pérdida sobrevenida y definitiva de la cosa, no imputable al vendedor (fortuita), corresponde al comprador desde la perfección del contrato⁵⁹. El artículo 1452 PC reforma el artículo 1452 CC en dos sentidos: por un lado, parte del presupuesto de que la pérdida o deterioro casual de la cosa, *anterior al momento de entrega, es un incumplimiento del vendedor*; por otro, desplaza temporalmente el traspaso del «riesgo» de pérdida del vendedor al comprador, al momento en que aquél ha hecho aquello que le incumbía para cumplir su obligación de entrega. La determinación del momento de ese traspaso del «riesgo» al comprador requiere tener en cuenta si en la compraventa de bienes muebles interviene su transporte y cómo se ha organizado éste en el contrato. Todo ello sin perjuicio de que, *si después de dicho traspaso del riesgo al comprador, se manifiesta una falta de conformidad o la existencia de un derecho de tercero, el comprador pueda reclamar al vendedor por haber éste incumplido el contrato de compraventa. Pero, el origen de este incumplimiento es previo al momento de traspaso del «riesgo»*. Se trata de un incumplimiento que existía en el momento del traspaso del riesgo y que se ha manifestado con posterioridad.

Creo que es claramente perceptible la influencia que la CISG ha tenido en la redacción de estos preceptos de las *Propuestas civil y sobre compraventa* [art. 36.1, 36.2 y 66, 70, 67 a 69 CISG⁶⁰; § 446 BGB].

[i] El artículo 1452 PC comparte la redacción del artículo 1452 PCV (*supra* nota 15). En la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se explican las razones del cambio normativo del artículo 1452 PCV frente al Código civil⁶¹.

⁵⁸ Artículo 1445 PCV: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplado en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas».

⁵⁹ Información sobre el alcance e interpretaciones de los autores de la regla del artículo 1452 CC: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [141]-[150], pp. 128-135.

⁶⁰ SAN MIGUEL PRADERA (2004) [151]-[161], pp. 135-142.

⁶¹ MORALES MORENO, ADC (2003-A), pp. 1628-1629, 1634.

[ii] El artículo 1452 PC (art. 1452 PCV) dispone(n):

«El riesgo de pérdida o deterioro *casual* de la cosa vendida corresponde al comprador *desde* que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla⁶².

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros» (cursiva mía).

Según el artículo 1481 PCV:

«El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo a éste.»

[iii] En el núm. 3 de la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se explica:

«El anterior artículo 1452, dedicado a la regulación del riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado para adaptarlo al sistema de regulación del incumplimiento contractual que adopta la reforma, sistema en el que se inspira la Directiva 1999/44 y que está presente en el Convención de Viena. Éste es también el sistema que se propone para la unificación de los derechos europeos en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Este nuevo sistema afecta al tratamiento el *[sic]* problema del riesgo en el contrato de compraventa. *Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del*

⁶² Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* núm. 3: «El momento de traslación del riesgo al comprador se sitúa, pues, en el de la entrega de la cosa vendida; pero la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión, poniéndola en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato. Sin embargo, en caso de entrega mediante puesta a disposición, parece conveniente adoptar una regla especial: no sólo exigir la efectiva puesta a disposición del comprador (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), lo que ya supondría que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega, sino, además, que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción. De este modo se estimula el cuidado de la cosa por vendedor, pues al seguir ésta en su poder es quien se halla en mejores condiciones de poner los medios para conservarla. Además se evita la discusión sobre si el vendedor es o no culpable de la pérdida de la cosa. Y ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que seguramente se llegaría a parecidos resultados, aunque no se atribuyera en este caso el riesgo al vendedor, si se le imputa responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa proveniente de causas que se hallen en su esfera de control».

vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimiento imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo ha de ser hoy tratado como un problema de incumplimiento.

(...).

La regla de la traslación del riesgo al comprador a partir del momento en que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega, *no se aplica en los casos en los que la pérdida o deterioro de la cosa, posterior a la entrega, no es fortuita, sino imputable al vendedor. Por ejemplo, la falta de conformidad de la cosa, existente en el momento de la entrega, provoca posteriormente su pérdida o un mayor deterioro*» (cursiva mía; art. 36.1 CISG)⁶³.

Y en el núm. 16 de la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa*:

«El nuevo artículo 1481 establece el momento en que debe existir la conformidad de la cosa. Ese momento coincide con el de transmisión del riesgo al comprador. El nuevo artículo 1481 ha de entenderse en relación con el nuevo 1452, *y procede tomar en consideración lo ya dicho en esta exposición de motivos a propósito de este artículo*. La falta de conformidad que se produzca posteriormente es a riesgo del comprador, no determina incumplimiento del vendedor, *salvo que la misma sea debida a causas imputables al vendedor*» (cursiva mía; arts. 36, 1 y 2, y 66 CISG)⁶⁴.

⁶³ Artículo 36 CISG: «1. El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, *aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento*» (cursiva mía).

⁶⁴ Artículo 36 CISG: «1. (transcrito en la nota que antecede)/ 2. El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad *ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones*, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas» (cursiva mía). Según MORALES MORENO [(1998) p. 315]: «(...) Por ejemplo: la mala selección del transporte, o no haber dado las instrucciones adecuadas al transportista, o una defectuosa prestación del servicio de asistencia postventa, que el vendedor se comprometió a prestar, o no haber redactado convenientemente las instrucciones de uso./ El deterioro de las mercaderías debido al defectuoso embalaje que se produce con posterioridad a la transmisión del riesgo, no es la manifestación de la falta de conformidad inicial, sino una falta de conformidad sobrevenida, imputable al incumplimiento de un deber del vendedor, que debe encuadrarse en el artículo 36.2 y no en el 36.1 CV [CISG]. Esto no excluye que el embalaje defectuoso o inadecuado pueda ser considerado, en sí mismo, un embalaje no conforme (art. 35), siendo de aplicación el artículo 36.1./ El incremento de deterioro de las mercaderías que sea consecuencia del estado inicial de falta de conformidad puede ser también tratado como un

3.2.2 PARTICULAR REFERENCIA A LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN EL REMEDIO INDEMNIZATORIO. ALUSIÓN AL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO

[35] Que el incumplimiento sea una noción neutral, no impide que en la regulación de los remedios por incumplimiento pueda decidirse si se tiene o no en cuenta la imputabilidad del incumplimiento al deudor. Aprovechando el estudio del carácter neutral del incumplimiento, voy a tratar de la cuestión de la imputabilidad subjetiva del incumplimiento a efectos del remedio indemnizatorio y aludiré al remedio del cumplimiento. Esta cuestión conecta con la estructura global del incumplimiento.

[36] Según el artículo 1209.I PC (transcrito *infra* [41]), el deudor no responde de los daños que su incumplimiento haya causado al acreedor, si se dan ciertos presupuestos. En este caso, el incumplimiento es excusable (causa de exoneración). En otro caso, el incumplimiento será inexcusable, teniendo el deudor que indemnizar. El artículo 1209.IV PC viene a señalar que la mentada exoneración es a los efectos indemnizatorios. Al acreedor no se le impide que ejercite otros derechos distintos del indemnizatorio que pudieran corresponderle según la *Propuesta civil*. Podrá ejercitar, por ejemplo, la resolución de la relación contractual, la reducción del precio. Puede ejercitarlos bajo sus respectivos presupuestos aplicativos y porque, en relación con ellos, la *Propuesta civil* no exige un incumplimiento inexcusable. La resolución y la reducción del precio también se aplican en el incumplimiento excusable. Esto es posible, por el carácter neutral del incumplimiento de la *Propuesta civil*.

¿*Qué sucede en el remedio del cumplimiento?*⁶⁵. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*, está claro que al cumplimiento

caso de falta de conformidad sobrevenida, imputable al vendedor./ Las obligaciones del vendedor a las que se refiere el artículo 36.2 suelen ser obligaciones anteriores al momento de transmisión del riesgo; los ejemplos que acabamos de exponer son muestra de ello. Sin embargo, la expresión utilizada (“incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones”) permite tomar en consideración el incumplimiento de obligaciones que se produzcan después de ese momento. Por ejemplo: el defectuoso montaje de la máquina suministrada es el origen de los defectos originados en ésta con posterioridad al momento de transmisión del riesgo./ (...)».

Artículo 66 CISG: «La pérdida o deterioro de las mercaderías *sobrevenidos después de la transmisión del riesgo* al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, *a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor*» (cursiva mía).

⁶⁵ MORALES MORENO [(2006-B) p. 58]: «La cuestión que pretendo considerar es la siguiente: ¿el supuesto de exoneración de la pretensión de cumplimiento debe coincidir con el de exoneración de la pretensión indemnizatoria? ¿O, por el contrario, tratándose de dos remedios distintos, cada uno de ellos puede tener su propio supuesto? Para que se comprenda el interés de la cuestión planteada basta recordar las discrepancias existentes no sólo en nuestra doctrina, sino entre la CISG y los PECL». El autor expone, para el Derecho positivo español, las opiniones de Badosa (quien entiende que los supuestos del cumplimiento y de la indemnizatoria coinciden) y las de Carrasco, Verdura Server y Pantaléon

no se le aplica el artículo 1209.I PC. Se trata de una opción de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Es conveniente conocer, con cierto detalle, las regulaciones de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL. Ello nos va a facilitar la interpretación de la *Propuesta civil*.

[37] CISG.—El artículo 79 CISG dispone:

«1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

(...)

5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercitar cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.»

De la interpretación coordinada de estos dos apartados del artículo 79 CISG, pueden inducirse dos reglas.

Una, que el artículo 79 CISG se refiere al remedio de la *indemnización de daños y perjuicios*, del cual no dispone el acreedor si el incumplimiento del deudor es excusable (causa de exoneración). La falta de cumplimiento del deudor es excusable, si tiene origen en un impedimento ajeno a su voluntad, el cual no cabía razonablemente esperar que se tuviera en cuenta cuando la celebración del contrato, ni cabía razonablemente esperar que el deudor lo evitase o superase sus consecuencias.

La otra regla es que, si bien el artículo 79 CISG permite al deudor exonerarse de indemnizar los daños que su falta de cumplimiento haya podido causar al acreedor, esa exoneración *no conlleva que el acreedor se vea privado de los otros remedios por el incumplimiento contractual*. Esto depende del respectivo supuesto de hecho de cada uno de los remedios.

[i] Hay una cuestión discutida sobre el alcance de la regla del artículo 79.1 CISG que conviene recordar: la de si aquél incluye el incumplimiento del vendedor, consistente en la entrega de una cosa no conforme con el contrato (art. 35 CISG). Si se entiende no incluido, se está afirmando, que un vendedor que de buena fe entrega mercaderías no conformes, no puede exonerarse de los daños y perjuicios que las mismas hayan causado al comprador.

(para quienes no hay coincidencia) (*op. cit.* pp. 59-61). Para las diferencias entre el supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento y el de la indemnizatoria, *op. cit.*, pp. 65-78.

Honnold, por ejemplo, defiende que el artículo 79.1 CISG no incluye el incumplimiento de la obligación de entrega de mercadería conforme, lo cual justifica en los antecedentes históricos y en la propia tramitación de la CISG (el art. 79 emplea el término «impedimento» y no el de «circunstancia» como hacía el art. 74 ULIS)⁶⁶. Otros autores, en cambio, consideran que el artículo 79.1 CISG también se aplica a la obligación del vendedor de entregar cosa conforme. Se destaca que el artículo alude a cualquiera de las obligaciones y, entre las obligaciones del vendedor se encuentra la de la entrega de mercaderías conformes. Luego, cumpliéndose los requisitos del artículo 79 CISG, el vendedor podrá exonerarse⁶⁷.

[38] En relación con los otros remedios, suele señalarse que la exoneración del artículo 79 CISG no priva al acreedor de la *resolución*. En cambio, hay distintas opiniones acerca de si el acreedor pueda exigir el *cumplimiento* de la obligación. La importancia de la cuestión apuntada requiere de una exposición algo más amplia.

Honnold, por ejemplo, destaca que el acreedor puede resolver⁶⁸. El remedio de la resolución opera, en la CISG, al margen del

⁶⁶ HONNOLD plantea la cuestión comparando el artículo 79.1 CISG con el *Uniform Commercial Code*: «(...) El UCC 2-615 prevé la exoneración *sólo para el vendedor* y con respecto a *dos aspectos* de su cumplimiento: “retraso en la entrega” y “falta de entrega”./ (...) / Los diferentes ámbitos de las normas sobre exoneración en la Convención y en el UCC llevan a la siguiente cuestión: ¿Puede exonerarse de responsabilidad el vendedor no negligente que entrega mercaderías defectuosas? Según el UCC, la respuesta es no, ya que el supuesto no afecta a la “entrega” ni a la “falta de entrega”. En la Convención la respuesta no es tan obvia, ya que la exoneración puede aplicarse a la falta de cumplimiento por una parte de cualquiera de sus obligaciones» [«Comentario del artículo 79 CISG» (1987 de la trad. esp.) núms. 424 y 427 pp. 471-472]. El autor recuerda, que con en el artículo 74 ULIS el vendedor podía exonerarse si la mercadería adolecía de un defecto (*op. cit.* núm. 427, pp. 472-473). Y, «[d]urante los trabajos de UNCITRAL, los delegados que encabezaban las tendencias del *common law* retornaron a esta cuestión y lograron sustituir “circunstancias” por “impedimentos”, palabra que (al igual que “obstáculo”) implica una barrera al cumplimiento, como, por ejemplo, la entrega de las mercaderías, antes que aspectos personales sobre el cumplimiento del vendedor. Este punto fundamental, por el que la exoneración no se aplica a un cumplimiento defectuoso, como, por ejemplo, al suministro de mercaderías no conformes, fue confirmado por el debate y por las decisiones tomadas por la Conferencia diplomática» (*op. cit.* núm. 427 p. 473). Por último: «Esta decisión tiene importantes consecuencias prácticas para los compradores que sufren serios daños derivados de mercaderías defectuosas. Para decidir si el defecto resultó de una “culpa” puede ser necesario un examen del proceso de producción del vendedor o del suministrador lejano. Incluso cuando la carga de la prueba deba soportarse por el vendedor (o por el suministrador), la resolución final de la cuestión sería incierta y costosa, y los problemas de la prueba se multiplicarían cuando la mercadería fue producida por un suministrador extraño. Como veremos, la exoneración, según el artículo 79 (...), normalmente debe estar basada en eventos (p. ej., guerra, embargo, riadas, incendios) que son ampliamente notorios. La exoneración basada en la diligencia puesta en el proceso de fabricación por el productor es tan anómala como poco práctica» (*op. cit.* núm. 427, p. 474; núm. 434, p. 435).

⁶⁷ Informan sobre las dos expuestas tesis: SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), pp. 639-640; ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS (2003), p. 242. *Vid.* PANTALEÓN, *ADC* (1991), p. 1071 y nota 125.

⁶⁸ HONNOLD: «Limitar la exoneración a la “indemnización de los daños y perjuicios” tiene esta importante consecuencia: cuando una parte no cumple sus obligaciones, el derecho de la otra parte a “resolver el contrato” no se ve afectado. Las causas de resolución

carácter excusable del incumplimiento, pero, con el requisito de que sea esencial (art. 25 CISG). Por su parte, Salvador Coderch informa de que para la opinión mayoritaria –a la cual se suma– «la exoneración del deudor no altera la naturaleza de incumplimiento contractual que tiene “la falta de cumplimiento” en el mismo artículo 79.1». *Cualquier derecho distinto al de la indemnización de daños y perjuicios permanece inalterado (art. 79.5 CISG)*. El acreedor dispone de la resolución, de la reducción del precio (art. 50 CISG) o, del pago de intereses (art. 78 CISG)⁶⁹. «En particular *no se extingue la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación*». Indicado esto (regla de principio), el autor añade: «Mas, evidentemente, hay casos claros en los que resulta innegable la extinción de la obligación de igual manera que, en otros, su permanencia conforme a lo dicho es obvia: así, se extingue la obligación del deudor siempre que la permanencia de la obligación principal *privaría de sentido* a la regla del artículo 79.1 como, por ej., sucede en los casos de imposibilidad objetiva de realizar la prestación por destrucción de la cosa específica que había de entregarse, o aquellos en los que las sanciones por incumplimiento –al estilo de la *astreinte* francesa– equivaldrían a la indemnización de daños y perjuicios o, también, aquellos en los que el cumplimiento supondría una carga insoportable para el deudor. Más este continúa obligado si la permanencia de la obligación no supone una *derogación práctica* de la regla del artículo 79.1 (casos de retraso provocados por un impedimento que luego desaparece, por ejemplo, o aquellos en los que, entregado un *aliud pro alio* como consecuencia del impedimento es factible la restitución y la posterior entrega de lo debido). La idea es, que la falta de extinción de la obligación ex artículo 79.5 no puede *privar de aplicación práctica* a la regla de exoneración del artículo 79.1: la una no niega

que hemos examinado (arts. 25, 47, 49, 63, 64, 72 y 73) siguen siendo aplicables aunque la parte afectada no pueda obtener indemnización por daños y perjuicios» [«Comentario del artículo 79 CISG» (1987 trad. esp.), núm. 423, p. 469, *vid.* desde p. 468; también núm. 435, pp. 483-484].

⁶⁹ ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS: «Otro problema que afecta a la determinación de los intereses (...) es el relativo a la relación entre los artículos 74 y 78 [CISG]. El artículo 74 [CISG] determina el derecho que tienen tanto el vendedor como el comprador de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por su contraparte. El artículo 78 [CISG] es claro al indicar que el pago de los intereses no interfiere con la acción de indemnización de daños y perjuicios en la Convención. Ello quiere decir que se ha de realizar una distinción entre los intereses y los daños, *por lo que la obligación de pagar intereses no está sujeta al límite de la previsibilidad recogido en el artículo 74 [CISG], ni a las reglas de exoneración de responsabilidad de los artículos 79 y 80 [CISG]*» [cursiva mía (2003), p. 253]. *Vid.* VIDAL OLIVARES (2006), pp. 113-114; PANTALEÓN PRIETO, «Comentario del artículo 78 CISG» (1998), pp. 629-631. Cfr. artículo 68 PM.

a la otra sino que ambas se complementan» (cursiva del autor)⁷⁰. Salvador Coderch informa de otra opinión (la de Honnold), según la cual, «la letra del artículo 79.5 es demasiado extensa» y, que la conclusión de que el deudor, exonerado de indemnizar, pueda ser requerido para cumplir, es incongruente con el artículo 79.1 CISG, cuyas palabras son que el deudor «no será responsable». Según Honnold, la regla del artículo 79.5 CISG *sólo* se justifica en circunstancias especiales, como «la finalización de un impedimento temporal o la introducción también temporal, de una prohibición de tráfico de la divisa en que había de hacerse el pago del precio»⁷¹.

[i] El artículo 79 CISG (*supra* [37]) dispone, asimismo:

«(...).

3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

(...).»

[39] *Principios UNIDROIT*.—En su definición del incumplimiento, el artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT nada indica sobre su carácter excusable (*supra* [29] [ii]). Ello se indica en el Comentario del artículo: «La segunda característica [de la definición de incumplimiento] es que, para los propósitos de los Principios [UNIDROIT], el concepto de incumplimiento *incluye tanto el incumplimiento no excusable como el inexcusable (...)*»⁷². En el

⁷⁰ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), pp. 653-654. ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCAYLLAS (2003), pp. 245-246; VIDAL OLIVARES (2006), pp. 29, 36, 37-38, 44-47 (en particular la nota 104 en p. 45), 115; PANTALEÓN, *ADC* (1991), p. 1060, *vid.* hasta p. 1064. MORALES MORENO [(2006-B) p. 62]: «Esto significa que, en caso de incumplimiento, las causas de exoneración del deber de indemnizar daños, previstas en el artículo 79 CISG, no son directamente aplicables al deber de cumplir; es decir, no liberan al deudor del cumplimiento de la prestación. Pero no implica que, necesariamente, la pretensión de cumplimiento no tenga sus propios límites. En la CISG no están suficientemente desarrollados, y esto ha obligado a sus comentaristas a buscar vías, a veces forzadas, para establecerlos».

⁷¹ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), pp. 654-655. Continúa: «Además, exigir con carácter de generalidad el cumplimiento *in natura* sería incongruente con el derecho nacional en muchas jurisdicciones que, consecuentemente, quedarán en libertad de aplicar sus propias reglas según el artículo 28» (*op. cit.*, p. 655).

⁷² Desde su análisis crítico (esto es, como propuesta de enmienda), MORÁN BOVIO señala: «Por otra parte, en este precepto [7.1.1] se echa en falta la alusión a las circunstancias que hacen excusable el incumplimiento, que figuran enseguida en la misma Sección

Comentario se aclara, además, cuáles son las consecuencias de que el incumplimiento sea excusable: «Una parte *no está facultada para reclamar el resarcimiento o el cumplimiento específico* por un incumplimiento *excusable* de la otra parte, pero la parte que no recibió el cumplimiento *tiene derecho, en principio, a resolver el contrato* independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable» (cursiva mía).

[i] De los preceptos que en el Comentario del artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT se citan como supuestos de incumplimiento excusable (7.1.2, 7.1.3, 7.1.7 Principios UNIDROIT), voy a detenerme en el artículo 7.1.7. Éste dispone:

«(Fuerza mayor) (*forcé majeure*)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haberlo evitado o superado sus consecuencias.

(...).

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.»

a) En el Comentario 2 del artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT se indican los efectos de la fuerza mayor⁷³:

«El presente artículo *no limita el derecho* de la parte que no ha recibido la prestación *a resolver el contrato*, siempre que dicho *incumplimiento sea esencial*. Lo que esta disposición establece, en el caso de ser aplicable, es *la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios*» (cursiva mía)⁷⁴.

[ii] Al igual que en la CISG, los Principios UNIDROIT regulan el supuesto del impedimento temporal. Según el artículo 7.1.7 (2) Principios UNIDROIT:

(v. arts. 7.1.2, 7.1.3 y 7.1.7) y que sería mejor mencionarlas en la definición, a fin de ofrecer mayor nitidez al sistema» [(2003), 2.^a ed., p. 324].

⁷³ Comentario 1 del artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT: «El presente artículo abarca la materia que en la tradición jurídica del *common law* se conoce como la doctrina de la “frustración e imposibilidad de cumplimiento” y en la tradición jurídica continental como *forcé majeure*, *Unmöglichkeit*, etc. Sin embargo, el concepto de *forcé majeure* no se identifica con ninguna de estas doctrinas. La expresión fuerza mayor (*forcé majeure*) ha sido escogida por ser ampliamente conocida en la práctica comercial internacional, como lo confirma la inclusión de las llamadas cláusulas de *forcé majeure* en innumerables contratos internacionales» [Principios UNIDROIT (2004), p. 214].

⁷⁴ Principios UNIDROIT (2004), p. 215.

«Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.»

a) En el citado Comentario 2 del artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT también se lee:

«En algunos casos el impedimento obstaculizará cualquier tipo de cumplimiento; en muchos otros simplemente retrasará el cumplimiento, en cuyo caso el efecto de este artículo será el otorgar más tiempo para cumplir. En este supuesto, el tiempo extra para cumplir podrá ser mayor o menor que la duración del impedimento temporal, porque lo que importa es determinar el impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato»⁷⁵.

[iii] Finalmente, el apartado (3) del artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT, de modo similar a la CISG, dispone:

«La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su actitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.»

[40] *PECL*.—En los *PECL*, el artículo 1:301 (4) aclara, expresamente, que hay incumplimiento contractual tanto si es inexcusable como excusable (*supra* [29] [iii])⁷⁶. El artículo 8:108 *PECL* nos indica cuándo el incumplimiento del deudor es excusable. Si el incumplimiento es *excusable*, el acreedor *no dispone* de los remedios *del cumplimiento y de la indemnización de daños*, según el artículo 8:101 (2) *PECL*. Si el incumplimiento es *inexcusable*, el acreedor puede ejercitar *cualquiera* de los remedios por incumplimiento que regula en el Capítulo 9 [art. 8:101 (1) *PECL*].

[i] El artículo 8:101 *PECL* dispone:

«Remedies Available

(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Arti-

⁷⁵ Principios UNIDROIT (2004), p. 215. «Ejemplo/ “A” celebra un contrato en el que se compromete a colocar un conducto de gas natural a lo largo del país X. Las condiciones climáticas son tales que resulta prácticamente imposible trabajar del 1.º de noviembre al 31 de marzo. El contrato fija el plazo para concluir las obras el 31 de octubre. Sin embargo, los trabajos comienzan con un mes de retardo debido a que una guerra civil, que ha estallado en un país vecino, impide transportar a tiempo toda la tubería. La consecuencia de este evento es la de impedir la continuación de los trabajos hasta la primavera próxima, “A” tiene derecho a una prórroga de cinco meses para completar su trabajo, a pesar de que la duración del impedimento se limitó a un mes» [Comentario 2 del art. 7.1.7, *op. cit.*, p. 216].

⁷⁶ *Comment D* del artículo 1:301 *PECL* [LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 123-124]; también *op. cit.*, letra (c), p. xxxviii.

cle 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9.

(2) Where a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages.

(3) (...)»⁷⁷. Cfr. artículo III.-3:101 (1) y (2) DCFR 2009.

[ii] Según el artículo 8:108 PECL:

«Excuse Due to an Impediment

(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences. (...)». Cfr. artículo III.-3:104 (1) DCFR 2009.

a) En el *Comment D* del artículo 8:108 PECL⁷⁸ se indica, que si el impedimento reúne los requisitos señalados en el precepto, la parte incumplidora no es responsable⁷⁹. El artículo 8:108 PECL tiene un acercamiento pragmático al problema. Y así:

a.1) Cualquier forma de *cumplimiento* [cfr. arts. 8:101 (2), 9:101, 9:102 PECL] es, por definición, imposible.

a.2) El incumplidor no responde de cualquier tipo de *daño*, lo cual incluye las cláusulas de «liquidación de daños» y las cláusulas penales, salvo que las partes hayan acordado otra cosa [cfr. art. 8:101 (2) PECL].

a.3) Sobre *la resolución*, se precisa que la cuestión es más compleja.

⁷⁷ MORALES MORENO: «(...), por otra parte, en el caso del artículo 8:108 (1) PECL es explicable que se libere al deudor, tanto del deber de cumplir como el del de indemnizar (de manera definitiva o transitoria), si el obstáculo al cumplimiento surge fuera de su esfera de control (es decir, fuera de su esfera de atribución de riesgos), no le era previsible al contratar, ni tampoco debe evitar o superar el impedimento o sus consecuencias» [(2006-B), p. 64]. Pero, el autor también destaca: «(...) que no debe extraerse la conclusión de que los PECL hayan pretendido hacer coincidir siempre las causas de exoneración de la pretensión de cumplimiento y de la indemnizatoria» (*op. cit.*, p. 64). Los preceptos en los que se percibe la diferencia de las causas de exoneración del cumplimiento y de la indemnización de daños son el artículo 8:108 (2) PECL (impedimento temporal, *vid.* [40] [iii]) y los artículos 9:101, 9:102 (que contemplan excepciones a la exigibilidad del cumplimiento), lo cual destaca el artículo 9:103 (*op. cit.* pp. 64-65).

⁷⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 381-382.

⁷⁹ En el *Comment B* del artículo 8:108 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 379] se señala su aplicación a cualquier obligación contractual, lo que incluye a las obligaciones pecuniarias. La insolvencia normalmente no constituirá un impedimento en el sentido del precepto (no está más allá del control del deudor), pero, una prohibición gubernativa de transferir la suma debida debería serlo. Además, el término impedimento alcanza a todo tipo de evento (acontecimientos naturales, acto del príncipe, acto de terceros). Según el *Comment C* del artículo 8:108 PECL, las condiciones del artículo 8:108 PECL son análogas a las que tradicionalmente se han requerido para la fuerza mayor (*op. cit.* p. 379).

Si el incumplimiento es *total y permanente*, es innecesario exigir del acreedor una declaración de resolución y la relación contractual se resuelve automáticamente [cfr. art. 9:303 (4) PECL].

En cambio, tratándose de un *impedimento parcial*, como, cuando parte de la obligación principal o accesoria llega a ser imposible, entonces el acreedor tiene la posibilidad de elegir. Se le permite decidir si mantiene o no la relación contractual, cuando el cumplimiento parcial tiene un valor. Esta opción del acreedor se rige por las reglas generales: así, la posible resolución de la relación contractual depende de si el incumplimiento es o no esencial. Si la parte perjudicada no elige la resolución, puede exigir el cumplimiento de aquella parte que aún pueda ejecutarse. En este último caso, la prestación del acreedor será reducida proporcionalmente, según lo dispuesto en el artículo 9:401 PECL (*Right to Reduce Price*)⁸⁰.

[iii] El artículo 8:108 PECL, al igual que la CISG y los Principios UNIDROIT, regula el impedimento temporal:

«(...)»

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such»⁸¹. Cfr. artículo III.-3:104 (3) DCFR 2009.

a) El *Comment E* del artículo 8:108 PECL se inicia con la afirmación de que es habitual entender que un impedimento temporal, en principio, sólo conlleva una excusa temporal. Se aclara, además, que la noción de impedimento temporal no abarca sólo las circunstancias que causan el obstáculo al cumplimiento, *sino también sus consecuencias*. Esto es, la excusabilidad temporal cubre *todo el período de tiempo durante el cual el deudor es incapaz de cumplir*⁸²:

⁸⁰ En el *Comment D* del artículo 8:108 PECL se nos ofrece este ejemplo (*Illustration 4*): Si A arrienda un almacén a B y éste se destruye después parcialmente por un incendio, tratándose de un impedimento temporal, B puede resolver la relación contractual si la ocupación de todo el almacén constituía un parte esencial del contrato. Si B no comunica que resuelve, no puede exigir daños por la pérdida de ocupación, pero, podrá reducir proporcionalmente la renta. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 382].

⁸¹ En el *Comment E* del artículo 8:108 PECL se indica que si el cumplimiento tardío (por causa del impedimento temporal) no tiene utilidad para el acreedor, éste puede resolver la relación contractual si el retraso en el cumplimiento es esencial (art. 8:103 PECL). También en el supuesto del impedimento temporal, el acreedor puede utilizar el procedimiento que prevé el artículo 8:106 (2) PECL, a través del cual puede lograr que el tiempo de cumplimiento llegue a ser esencial y, en consecuencia, poder resolver. [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 382-383]. *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 DCFR 2009 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009), I, p. 786].

⁸² En la *Illustration 5* se pone este ejemplo: el almacén, en donde están almacenadas las materias primas farmacéuticas, imprevisiblemente se inunda y tales materias devienen inútiles. El retraso excusable en su entrega a los clientes incluye no sólo el período en que está inundado el almacén, sino también el período necesario para que el fabricante obtenga nuevos suministros [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 382]. *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 DCFR 2009 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009), I, pp. 785-786].

[iii] Finalmente, el artículo 8:108 PECL, al igual que la CISG y los Principios UNIDROIT, dispone:

«(...).

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances [cfr. art. 1:303 PECL, *Notice*]. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice». Cfr. artículo III.-3:104 (5) DCFR 2009.

a) En el *Comment F* del artículo 8:108 PECL, se indica que la presente regla es una aplicación de la obligación de buena fe, la cual gobierna la totalidad de los PECL. La comunicación del impedimento y de sus efectos, por el incumplidor, permite a la otra parte adoptar las medidas adecuadas para evitar las consecuencias del incumplimiento. Si el incumplidor no lleva a cabo la oportuna comunicación, asume las pérdidas sufridas por el otro contratante, consecuencia de la no información⁸³.

[41] *Propuesta civil.*—Tras la anterior exposición de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL procede que transcriba el artículo 1209 PC. Dispone:

«No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1.º Que el impedimento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.

La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo.

Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de

⁸³ En la *Illustration 8* se indica, como ejemplo, el de un famoso tenor contratado para cantar una determinada temporada que enferma, constituyendo ello un impedimento para cantar. El tenor no comunica de inmediato su indisponibilidad al empresario. El empresario puede exigirle una compensación, al habersele privado de la oportunidad de lograr una contratación sustitutoria, con lo que hubiera reducido sus pérdidas [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 383]. Vid. *Comment E* del artículo III.-3:104 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009), I, p.788].

daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código»⁸⁴.

También procede que vuelva a reproducir el siguiente texto de la *Exposición de Motivos* de la *Propuesta civil* (apartado VIII):

«El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado *favor debitoris* no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. *Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido es especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial.* Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento» (cursiva mía; *supra* [12]).

[42] Con base en todo lo que antecede, la *Propuesta civil* puede ser caracterizada, en mi opinión, de la manera que sigue:

a) Contiene la regla de que el deudor no ha de indemnizar los daños causados por el incumplimiento excusable (art. 1209.I PC).

b) No acoge de modo expreso la regla de los PECL, de que, siendo el incumplimiento excusable, el acreedor no dispone del cumplimiento [art. 8:101 (2) PECL]. La *Propuesta civil* responde al modelo de la CISG (art. 79, 1 y 5 CISG; art. 1209.IV PC)⁸⁵.

⁸⁴ Vid. CARRASCO PERERA sobre el artículo 1105 CC y funciones del caso fortuito: «Comentario del artículo 1105 CC» (1989), pp. 649-659.

⁸⁵ PANTALEÓN, sobre la reforma de la responsabilidad contractual del Código civil y para el cumplimiento, señala: «Ha de continuar siendo un remedio *independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor* y la causación o no de daño al acreedor. La primera idea se ve oscurecida en los apartados 4 del artículo 7.1.7 PCCI [Principios UNIDROIT] y 2 del artículo 3.101 PDEC [artículo de la Parte I publicada inicialmente en 1995, ahora art. 8:101 (2) PECL], a tenor de los cuales todos aquellos impedimentos que exoneran de responsabilidad contractual al deudor excluyen la pretensión de cumplimiento del acreedor. Cometiendo un error que se evitó, por fortuna, en el apartado 5 del artículo 79 (CNUV [CISG]: no es razonable que únicamente la imposibilidad absoluta pueda liberar al deudor de responsabilidad; o no lo es que la prestación de cumplimiento se extinga, siempre e *ipso facto*, por la imposibilidad relativa, la inexigibilidad o la excesiva onerosidad de la prestación (cuestión diferente es que el acreedor pueda oponer, en su caso, la excepción de modificación o de resolución del contrato por desaparición de la base del negocio) (...)» [ADC (1993), pp. 1729-1730; *vid.*, también, nota 34 en p. 1730; con anterioridad ADC (1991), pp., 1046-1047]. *Vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos* (2008), 6.ª ed. p. 711, p. 775; GÓMEZ POMAR (2007), nota 9, en pp. 9-10; INFANTE RUIZ (2008), pp. 181-192; MORALES MORENO, *supra*, nota 65.

c) Ahora bien, el remedio del cumplimiento tiene sus propios límites, que sólo mencionaré. Según el artículo 1192.II PC, en las «obligaciones distintas de las de pagar dinero», el acreedor no podrá exigir el cumplimiento específico, si es *imposible*, si es *excesivamente oneroso* para el deudor, si se trata de *una prestación personal* del deudor y, si la exigencia del cumplimiento es *contraria a la buena fe*. Estos límites al cumplimiento en las «obligaciones distintas de las de pagar dinero», aunque con alguna que otra importante diferencia, se recogen en los Principios UNIDROIT (art. 7.2.2) y en los PECL (art. 9:102). La *Propuesta civil* aplica tales límites del artículo 1192, además, «a la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado» (art. 1193 PC; cfr. art. 7.2.3 Principios UNIDROIT).

d) En conclusión, la *Propuesta civil* adopta el modelo del artículo 79, 1 y 5, CISG⁸⁶. Este modelo se combina con algunas de las expresas excepciones que al cumplimiento señalan los Principios UNIDROIT y los PECL.

[43] En cuanto a la *Propuesta mercantil*, voy a limitarme a transcribir los artículos 62.2 y 65.1, con una breve anotación.

[i] Artículo 62.2 PM:

«El deudor no será responsable del incumplimiento del contrato cuando se haya producido por una causa no imputable a él. Deberá, no obstante, notificar a la otra parte la existencia de dicha causa dentro de un plazo razonable, a partir del momento en que tuvo o pudo tener conocimiento de ella. En caso contrario responderá de los daños y perjuicios debidos a la falta de la oportuna notificación.»

Artículo 65.1 PM:

«La parte perjudicada tendrá derecho a la reparación íntegra de los daños y de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, salvo que se trate de un incumplimiento excusable.»

Los dos reproducidos artículos parecen referirse al remedio indemnizatorio. Mi anotación es, que se alude a una causa no imputable al deudor (art. 62.2 PM) y al incumplimiento excusable (art. 65.1 PM), pero no se indica cuándo el incumplimiento no es imputable (art. 62.2 PM), ni cuándo es excusable (art. 65.1 PM). En la *Propuesta mercantil* no hay norma similar a la del artículo 1209.I PC, ni tampoco a la del artículo 1209.IV PC. Si se aplicase el siste-

⁸⁶ Cosa distinta es que la interpretación doctrinal del artículo 1209 PC haya de ser similar a la vertida sobre la CISG, lo que no creo que tenga que ser necesariamente así.

ma de fuentes del artículo 50 PM (*supra* [5]), en último lugar podría acudir a la *Propuesta civil*.

4. LA REGLA DE LA NO INVOCACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO POR AQUEL QUE LO CAUSÓ

[44] El artículo 62.1 PM dispone:

«Ninguna de las partes podrá invocar el incumplimiento del contrato si se ha causado por su conducta o por cualquier evento cuyas consecuencias está obligado a asumir.»

Por su parte, en la *Propuesta civil*, el artículo 1188.II preceptúa:

«Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque.»

[45] Las *Propuestas mercantil y civil* recogen, con carácter general, una regla clara: si el contratante que invoca el incumplimiento del otro contratante lo ha motivado o, le ha imposibilitado cumplir, no puede alegar el incumplimiento del otro. Esta regla de las *Propuestas mercantil y civil* tiene un importante campo de actuación en aquellos contratos en los que para que el deudor cumpla es preciso, de algún modo, la colaboración o participación del acreedor (por ejemplo, contratos de obra, contratos de prestación servicios).

Junto a lo anterior, en la *Propuesta mercantil* (art. 62.1) también se indica que, si el riesgo del evento que impide el cumplimiento, ha de asumirlo una de las partes contratantes, aquélla que haya de asumirlo, lógicamente, no podrá invocar el incumplimiento del contrato.

Más allá de esta idea general, comienza la necesidad de perfilar algunos posibles casos.

[46] En ocasiones, el incumplimiento es *totalmente* imputable a la parte que lo invoca y no dispone de los remedios del incumplimiento. En otras ocasiones, en cambio, el incumplimiento puede imputarse al comportamiento (concurrente) *de ambos contratantes*. Ha de discernirse de qué remedios dispone el acreedor y en qué medida puede invocarlos. Por ejemplo, si puede exigir la reparación de los daños y en qué cuantía; si puede suspender el cumplimiento de su propia prestación. En estas ocasiones, hay una *limitación* de los remedios.

El primer supuesto del incumplimiento del otro contratante, totalmente imputable a la parte que lo invoca, encaja directamente en la dicción de los artículos 62.1 PM y 1188.II PC. El segundo supuesto puede entenderse que está en el espíritu de los artículos 62.1 PM y 1188.II PC, siendo el aplicador del Derecho quien haya de determinar en cada caso concreto las oportunas consecuencias jurídicas en cuanto a los remedios.

[i] El artículo 80 CISG dispone:

«Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.»

a) En su comentario al artículo 80 CIGS, Salvador Coderch manifiesta:

«[e]l artículo 80 presupone que el acreedor *exclusivamente* ha causado el incumplimiento del deudor y que ello excluye una infracción contractual de éste. No quedan cubiertos, por tanto, los casos de participación del acreedor en el incumplimiento del deudor: daños en la cosa causados por ambos; (...). No hay regla en el Convenio [CISG] para estos casos de causación conjunta de daños y una liberación del deudor no tiene lugar ex artículo 80. Más bien, hay que resolver según los principios generales del derecho uniforme (art. 7.1) (*supra* [3] y nota 8) y decidir que hay una responsabilidad compartida y dividir proporcionalmente los daños» (cursiva del autor)⁸⁷.

[ii] a) Según el artículo 7.1.2 Principios UNIDROIT:

«(Interferencia de la otra parte)

⁸⁷ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 80 CISG» (1998), pp. 657-658. Además: «Ciertamente, se ha defendido una interpretación alternativa y amplia del texto, de manera que resulte cubierta la *causación conjunta* del incumplimiento con inclusión del comportamiento doloso o negligente del acreedor; ello daría lugar a la posibilidad de reducir proporcionalmente la indemnización reclamada por el acreedor. Pero se ha reargüido que el texto del artículo 80 nada dice sobre la causación o distribución conjunta de los daños; antes bien, el artículo, como muestran sus precedentes, se mueve en el ámbito del principio de los *actos propios* y limita la garantía del resultado de la promesa de prestación del deudor con arreglo al buen sentido» (*op. cit.*, p. 658). Por su parte, HONNOLD: «En la Conferencia diplomática hubo delegados que plantearon la siguiente pregunta: Supongamos que B impide a A el cumplimiento (p. ej., B no facilita las especificaciones o las condiciones de entrega o rechaza el contrato), ¿tendría B derecho a resolver el contrato?/ Según una opinión generalizada, una parte no debía tener derechos basados en su propia acción ilícita. Efectivamente, algunos delegados pensaban que éste era un principio tan básico que no necesitaba siquiera ser formulado, particularmente porque el artículo 7.1 establece que la Convención debe ser interpretada teniendo en cuenta la necesidad de asegurar “la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. No obstante, la mayoría de los delegados estimó que podía ser prudente evitar toda duda en la aplicación de un principio general, y unánimemente se aprobó el texto que se convirtió en el artículo 80» [(1987, de la trad. esp.), núm. 436, p. 486]. Y, en nota 2, HONNOLD: «(...) demuestra que la Conferencia consideró el artículo 80 como enunciado de un principio general aplicable a toda la Convención». *Vid.* VIDAL OLIVARES (2006), pp. 115-116, 154-155.

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.»

a.1) En el Comentario 1 del artículo 7.1.2 Principios UNIDROIT se indica que el precepto va conceptualmente más allá del incumplimiento. Porque, «[c]uando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento»⁸⁸ (cursiva mía).

a.2) El otro supuesto que el precepto contiene –según el Comentario 1 del art. 7.1.2 Principios UNIDROIT– es, «que la interferencia de una de las partes en el cumplimiento de la otra sea sólo parcial. En estos casos, será necesario determinar en qué medida el incumplimiento se debe a la interferencia de la otra parte y en qué medida se pueden reconocer otras causas» (cursiva mía). Los Principios UNIDROIT regulan este otro supuesto en la regulación del remedio indemnizatorio.

b) Y, según el artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT, ubicado en la regulación de la indemnización:

«(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.»

b.1) En el Comentario 1 del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT se explica:

«Conforme al principio general establecido en el Artículo 7.1.2, que limita los remedios de la parte perjudicada cuando el incumplimiento se deba en parte a su propia conducta, el presente artículo limita el derecho al resarcimiento en la medida en que la parte perjudicada haya contribuido parcialmente al daño, ya que sería injusto que dicha parte recibiera el resarcimiento íntegro por daños de los que ella misma es parcialmente responsable» (cursiva mía)⁸⁹.

⁸⁸ Se indica este ejemplo: «1. “A” conviene en realizar trabajos de construcción en el terreno de “B” a partir del 1.º de febrero. Si “B” cierra con llave el acceso al terreno y no permite entrar a “A”, “B” no puede quejarse de que “A” no ha comenzado los trabajos. La conducta de “B” suele equipararse a un incumplimiento no excusable, ya sea porque existe una disposición expresa facultando a “A” a acceder al terreno, o porque la conducta de “B” contraviene los deberes de buena fe y cooperación. Este resultado, sin embargo, no depende de que el incumplimiento de “B” sea excusable. El resultado será el mismo, independientemente de la excusabilidad del incumplimiento de “B”, por ejemplo, en el supuesto de que el acceso al terreno fuera obstaculizado por huelguistas» [Comentario 1 del art. 7.1.2, Principios UNIDROIT (2004), pp. 201-202].

⁸⁹ Principios UNIDROIT (2004), p. 250. En el Comentario 2 del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT: «La contribución de la parte perjudicada al daño puede consistir en su propia conducta o (...). La conducta puede revestir la forma de un acto (v. gr., dar al transportista una dirección equivocada) o una omisión (v. gr., no haber dado al constructor de la

Más allá, en el Comentario del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT se quiere dejar claro que el artículo 7.4.7 opera *en campo distinto* al de la regla de la mitigación del daño (que regula el art. 7.4.8 Principios UNIDROIT).

[iii] a) En los PECL, el artículo 8:101 PECL dispone:

«Remedies Available

(...)

(3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance». Cfr. artículo III.-3:101 (3) DCFR 2009.

a.1) En el *Comment B (iii)* del artículo 8:101 PECL se precisa, que el incumplimiento causado por un acto u omisión del acreedor tiene efectos sobre los remedios de que pueda disponer. Sería contrario a la buena fe, que aquél dispusiera de un remedio, *cuando precisamente ha sido él el responsable* del incumplimiento. La situación más clara es la denominada *mora creditoris*. Pero, hay otros casos en los que el comportamiento del acreedor tiene influencia en el incumplimiento y sus consecuencias. Por ejemplo, si hay un deber de informar a la otra parte y la información ofrecida es errónea o incompleta, dando lugar a que el contrato se ejecute de manera incompleta. En el *Comment B* del artículo 8:101 PECL también se aclara, que *hay otros casos en los que el deudor, asimismo, incumple y el acreedor podrá ejercitar, en cierta medida, los remedios del incumplimiento. Si la pérdida la causan el deudor (que ha incumplido) y el acreedor (con su comportamiento), este último no ha de tener el conjunto de los remedios. La contribución del acreedor al incumplimiento tiene consecuencias. Los efectos podrán ser totales, en la medida en que el acreedor no puede ejercitar ningún remedio, o pueden ser parciales*⁹⁰. Tras ello, en el *Comment B* se indica que las consecuencias del comportamiento

maquinaria que resultó defectuosa todas las instrucciones necesarias). Con frecuencia dichos actos u omisiones resultan de la falta de cumplimiento de la parte perjudicada de sus prestaciones u obligaciones contractuales. Sin embargo, también podría provenir de su conducta negligente o de la falta de cumplimiento de otros contratos. (...)» (*op. cit.*, p. 251). Y en el Comentario 3 del artículo 7.4.7 Principios UNIDROIT: «(...), la exoneración será parcial, dependiendo de la medida en que la parte perjudicada haya contribuido al daño. Puede que sea muy difícil aportar pruebas para determinar la contribución de cada una de las partes al daño sufrido. En algunos casos esto dependerá de un sano ejercicio de la discreción judicial. A fin de brindar una pauta a los tribunales, este artículo dispone que el juez deberá tener en cuenta el comportamiento de las partes. Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado» (*op. cit.*, pp. 251-252).

⁹⁰ Se señala el ejemplo que sigue. A acuerda transportar la cristalería de B desde Copenhague hasta París, con un empaquetado basto. Esto hubiera provocado la ruptura de la cristalería frágil, pero no la del cristal grueso. Sin embargo, B no empaqueta de modo adecuado todo el cristal y éste se pierde totalmente. B puede rehusar pagar la tasa del transporte y exigir la reparación de daños en relación con las piezas de cristal frágil, pero no en relación con las que no lo eran (las de cristal grueso) [*Illustration 5, Comment B (iii)* del art. 8:101 PECL; LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 361].

del acreedor se examinan en cada uno de los remedios⁹¹. Siendo esto así, es oportuno que realice algún apunte sobre el remedio de la *indemnización*, lo cual implica que haya de referirme al artículo 9:504 PECL.

b) Según el artículo 9:504 PECL:

«Loss Attributable to Aggrieved Party

The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party contributed to the non-performance or its effects». Cfr. artículo III.-3:704 DCFR 2009.

b.1) En el *Comment A* del artículo 9:504 PECL se indica que el artículo abarca dos situaciones. Una, *aquella en que la conducta de la parte perjudicada causó parcialmente el incumplimiento*. La otra, *aquella en que la parte perjudicada por el incumplimiento, aunque no sea responsable del incumplimiento, agrava las pérdidas por su comportamiento*. Hay una tercera situación, en la cual los daños que derivan del incumplimiento podrían haber sido reducidos o evitados, si se hubieran adoptado las medidas adecuadas para mitigarlos. De este último caso se ocupa el artículo 9:505 PECL (*Reduction of Loss*), regla de la mitigación que la *Propuesta civil* recoge en su artículo 1211⁹².

Según el *Comment B* del artículo 9:504 PECL, en la medida en que la parte perjudicada *ha contribuido* al incumplimiento, mediante su actuación u omisión, no puede exigir la reparación de los daños. *Esto es una aplicación especial de la regla general del artículo 8:101 (3) PECL*⁹³, precepto que, recuerdo, establece que una parte no puede recurrir a los remedios del incumplimiento del Capítulo 9 de los PECL en la medida en que ha causado el incumplimiento de la otra parte, con su propio comportamiento.

[47] La regla general que expresamente se recoge en los artículos 62.1 PM y 1188.II PC es una novedad en nuestro Derecho de contratos, si se compara con la regulación actual del Código de

⁹¹ Todo lo indicado en el párrafo: LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 360-361.

⁹² En el *Comment A* del artículo 9:504 PECL se aclara que la razón de dividir el tratamiento de los tres supuestos expuestos en el texto entre los artículos 9:504 y 9:505 PECL se debe a que algunos sistemas legales diferencian dichas situaciones, al menos en cierto grado. Así, en el Derecho inglés las dos primeras situaciones se encuentran en el concepto de «contributory negligence», mientras que la tercera se encuentra en «failure to mitigate». Se añade, que muchos sistemas legales europeos continentales no distinguen los dos conceptos, *si bien obtienen similares resultados utilizando conceptos tales como el de la causación*. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 444]. Sobre la regla de la mitigación del daño: SOLER PRESAS (1998), 61-72, *vid.*, en particular, pp. 63-64, 72.

⁹³ En síntesis, el ejemplo de la *Illustration 1* es que B contrata con S un sistema para ordenadores para cumplir determinada finalidad. El sistema falla debido, en parte, a un defecto de diseño y en parte, debido a que las instrucciones que B dio a S fueron incompletas. B no puede recuperar las pérdidas sufridas en la medida en que conecten con sus instrucciones inadecuadas. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 444].

comercio y del civil⁹⁴. Considero adecuado que haya sido introducida de modo expreso en las *Propuestas*.

5. IMPUTACIÓN AL DEUDOR DE LOS ACTOS DE SUS AUXILIARES Y COLABORADORES

[48] En este punto, el artículo 1189 PC dispone:

«Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado el mismo.»

[49] Otra vez, la generalización de una norma, en este caso la de la imputación al deudor de los actos ejecutados en su beneficio por un tercero, constituye novedad en comparación con la regulación del Código civil. En el Código civil, esta regla de imputación se encuentra en la regulación de algunos contratos (así, en el art. 1596 CC, en el contrato de obra⁹⁵; en el art. 1721, en el mandato; o, en el art. 1784 CC, en el depósito).

El artículo 1189 PC recoge una regla de imputación del incumplimiento al deudor, que opera de modo neutral. En el mundo de los contratos, no habiéndose pactado una obligación personalísima o, no habiendo prohibición pactada, el deudor puede encargar a un tercero, total o parcialmente, el cumplimiento del contrato. Esto es algo habitual en una sociedad de servicios como la actual. Con independencia del tipo de relación que el deudor y el tercero mantengan, la *Propuesta civil* establece que la actividad de ese tercero (el acto, la omisión) se imputa al deudor a efectos del incumplimiento. El deudor asume jurídicamente la actuación desenvuelta en su propio beneficio empresarial por el auxiliar o por el tercero contratado. El artículo 1189 PC dispone, expresamente, que la actuación del tercero es como si la hubiera realizado el deudor, lo que permite la aplicación adaptada de las oportunas normas que regulan el incumplimiento⁹⁶.

⁹⁴ Sobre la aplicación judicial del artículo 1103 CC para la concurrencia de culpas, PANTALEÓN, *ADC* (1991), pp. 1042-1043, con cita de Silvia Díaz Alabart; para la opinión de PANTALEÓN sobre la función que cumple el artículo 1103 CC, *op. cit.*, pp. 1037-1038, 1041-1042. En otro plano, PANTALEÓN, *ADC* (1993), p. 1742; también, *ADC* (1993), p. 1743.

⁹⁵ SALVADOR CODERCH, apartados I.2 y II.1 del «Comentario del artículo 1596 CC» (1993), 2.^a ed. pp. 1206-1207.

⁹⁶ PANTALEÓN [*ADC* (1991), p. 1058] sobre la imputación subjetiva y para el Código civil: «El deudor que encomienda a otras personas el cumplimiento total o parcial de sus obligaciones responderá de todo incumplimiento provocado por ellas, que le hubiera sido subjetivamente imputable de haber actuado como sus auxiliares en el cumplimiento lo han hecho, aunque el deudor no haya incurrido en culpa-negligencia alguna en la elección, dirección e instrucciones, o la vigilancia de los mismos. Y lo mismo cabe decir del deudor

[i] En la CISG, y para el remedio de la indemnización de daños, el artículo 79.2 dispone:

«Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo queda exonerada de responsabilidad:

a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente (art. 79.1, *supra* [37] ss.), y

b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.»

a) Salvador Coderch precisa, que el artículo 79.2 CISG «se refiere exclusivamente al caso del incumplimiento de un *tercero a quien se ha encargado la ejecución*, total o parcial, del contrato, es decir, a quien *acepta conscientemente llevar a cabo el cumplimiento de la obligación*» (cursiva del autor)⁹⁷.

[ii] Según el artículo 8:107 PECL:

«Performance Entrusted to Another

A party which entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance.»

a) En el *Comment A* del artículo 8:107 PECL se destaca, que actualmente muchos contratos no se ejecutan personalmente por los contratantes. El artículo 8:107 PECL trata de este aspecto de la moderna división del trabajo, el de la responsabilidad de las partes por incumplimiento⁹⁸. El principio básico del precepto –se indica en el *Comment B*– es, que si una parte no cumple personalmente el contrato, confiando el cumplimiento a un tercero, aquélla permanece responsable del correcto cumplimiento del contrato frente al otro contratante. En tal contexto, la relación interna entre el tercero y la parte, a la que le confió el cumplimiento del contrato, es irrele-

que legitima el acceso de otras personas a una situación respecto del bien objeto del programa de prestación, que incrementa sensiblemente el riesgo de que tales personas pueda frustrar o alterar en daño del acreedor dicho programa (arg. arts. 498, 1550, 1564, 1596, 1721, 1601, 1784, 1890 CC; arts. 587, 618.2º CCom; arts. 16, 111 LAU; art. 79.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías)».

⁹⁷ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), p. 649. Además: «La existencia de un encargo –aunque sea en sentido amplio– es esencial para la aplicación del artículo 79.2: el tercero al que se refiere esa regla no es un simple *proveedor del deudor* sino alguien que se relaciona con éste precisamente para cumplir la obligación de que se trata en el sentido de que asume la responsabilidad por su incumplimiento frente al deudor» (cursiva del autor; *op. cit.*, p. 649). HONNOLD también señala que el artículo 79.2 CISG no incluye al proveedor, sino al tercero al que se le encarga la ejecución total o parcial del contrato [«Comentario del artículo 79 CISG» (1987 de la trad. esp.), núms. 433-434, pp. 480-483]. *Id.* VIDAL OLIVARES (2006), pp. 42-43.

⁹⁸ *Comment A* del artículo 8:107 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 378. Para otros aspectos: artículo 1:305 PECL, *Imputed Knowledge and Intention*.

vante. El tercero puede ser un empleado o, un representante de la parte que le confió el cumplimiento contractual o, puede ser un subcontratista independiente⁹⁹.

[50] La *Propuesta mercantil* no contiene una norma similar a la del artículo 1189 PC.

6. LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DE LA PRESTACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO

[51] Centro ahora mi atención en los artículos 1303 y 1460.I PC. Aunque ninguno de ellos se encuentra en el Capítulo VII, «*Del incumplimiento*» (del Título I, del Libro IV de la *Propuesta civil*) que constituye el objeto central de mi trabajo, la visión completa del incumplimiento en la *Propuesta civil* requiere de su conocimiento. Recordaré, que de los tres rasgos, con los que caractericé la noción de incumplimiento de la *Propuesta civil* (*supra* [25], [26]), el segundo consistía en que el incumplimiento conlleva la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato. En las siguientes líneas desenvuelvo este rasgo y sus implicaciones.

6.1 La prestación originariamente imposible y la validez del contrato

[52] El artículo 1303 PC, que no tiene equivalente en la *Propuesta mercantil*, dispone:

«No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo.»

[53] El artículo 1303 PC se ubica en el Capítulo IX, «*De la nulidad y la anulación de los contratos*», del Título II, «*De los contratos*», en el Libro IV de la *Propuesta civil*. El precepto contiene dos supuestos de hecho: *uno*, aquel en el que en el momento de la celebración del contrato no es posible el cumplimiento de la obligación; *otro*, aquél en el que, en dicho momento, alguno de los contratantes no puede disponer de los bienes objeto de contrato. La consecuencia jurídica es la misma para ambos supuestos: *por ese mero hecho* (imposibilidad originaria, no facultad de disposición)

⁹⁹ *Comment B* del artículo 8:107 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 378.

no se ve afectada la validez del contrato (cfr. arts. 1599, 1601 Code civil; § 311a I BGB).

[i] En la CISG, el estudio de la imposibilidad originaria de la prestación se ha localizado en el artículo 79 CISG (transcrito *supra* [37], [38], [49]).

Sobre la imposibilidad originaria, piensa Salvador Coderch, que los antecedentes del artículo 79 CISG y su tenor literal «parece indicar que no se ha querido distinguir entre *imposibilidad originaria* y *sobrevenida*»¹⁰⁰. Informa también, de que hay otra opinión según la cual la tesis de que la imposibilidad originaria se incluye en el artículo 79 CISG *no es algo tan obvio* (así, en aquellos sistemas en los que la existencia del objeto del contrato, en el momento de la perfección, es un problema de validez del contrato; es el caso del Derecho español: art. 1272 CC; art. 4 CISG¹⁰¹).

La diferencia práctica más relevante entre entender que la imposibilidad originaria no está incluida en el artículo 79 CISG o, que sí está incluida, es que en el primer caso hay un supuesto de invalidez originaria e *ipso iure*, y, en el segundo, el acreedor está facultado para resolver el contrato¹⁰².

[ii] Según el artículo 3.3 Principios UNIDROIT:

«(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará a la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará a la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato» (cfr. art. 3.19 Principios UNIDROIT)¹⁰³.

¹⁰⁰ SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), p. 644. ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS [(2003) p. 242]: «A los efectos de la aplicación del artículo 79 es irrelevante que el impedimento existiese con anterioridad a la perfección del contrato o con posterioridad, siempre que se cumplan las demás condiciones que el artículo 79 demanda».

¹⁰¹ Artículo 4 CISG: «La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: / a) *A la validez del contrato* ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso. / b) *A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas*» (cursiva mía).

¹⁰² SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 79 CISG» (1998), p. 645. Citando a Pantaleón, SALVADOR CODERCH apunta otro problema de régimen jurídico en relación con la imposibilidad originaria. Si se trata como problema de validez y se le asocia el régimen de la nulidad, la indemnización se restringe al interés contractual negativo; pero, si el contrato se considera válido y la otra parte conoció la imposibilidad o, se le puede imputar haberlo prometido ignorando la imposibilidad, la indemnización se construye bajo el esquema del interés contractual positivo (*op. cit.*, p. 645).

¹⁰³ Artículo 3.19 Principios UNIDROIT: «(Carácter imperativo de estas disposiciones) / Las disposiciones de este capítulo [Capítulo 3, Validez] son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, *a la imposibilidad inicial de cumplimiento* y al error» (cursiva mía). Según el Comentario (único) del artículo 3.19 Prin-

a) En el Comentario 1 del artículo 3.3 Principios UNIDROIT se explica:

«Contrariamente a lo establecido en numerosos sistemas jurídicos, que consideran nulo un contrato de compraventa si han perecido los bienes objeto del contrato al momento de su celebración, el párrafo (1) de este artículo, *de acuerdo con las tendencias más modernas*, establece en términos generales que la validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que en el momento de celebrarse la obligación contraída sea de cumplimiento imposible.

Un contrato es válido aun cuando los bienes a los que se refiere hayan perecido al momento de contratar, con la consecuencia de que la imposibilidad originaria de cumplimiento se equipara a la imposibilidad que se presenta después de la celebración del contrato. Los derechos y obligaciones que surgen por la imposibilidad de cumplimiento de alguna o de ambas partes se determinarán de acuerdo a las normas sobre incumplimiento. Conforme a estas disposiciones podría tenerse en cuenta, por ejemplo, al hecho de que el deudor o el acreedor conocieran la imposibilidad de cumplimiento en el momento de celebrarse el contrato.

(...).

Si la imposibilidad inicial de incumplimiento *se debe a una prohibición legal* (v. gr. a una prohibición de exportación o de importación), la validez del contrato dependerá de si, conforme al derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato.

El párrafo (1) también se aparta de algunos sistemas de tradición jurídica romanista que establecen el requisito de que el objeto del contrato sea posible./ (...)» (cursiva mía)¹⁰⁴.

b) En el Comentario 2 del artículo 3.3 Principios UNIDROIT se precisa:

«Algunos sistemas jurídicos establecen la nulidad de un contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias [que en el momento de la celebración del contrato no se tiene facultad de disposición sobre los bienes]. Como en el caso de la imposibilidad inicial, y en base a razones más convincentes, el párrafo (2) (...) considera que dicho contrato es válido. Además, la parte contratante puede, y de hecho frecuentemente así sucede, adquirir la legitimación o el poder de disposición sobre dichos bienes con posterioridad a la celebración del contrato. Si esto no sucede se aplicarán las disposiciones sobre incumplimiento./ (...)»¹⁰⁵.

cipios UNIDROIT: «Por el contrario, las disposiciones de este capítulo que se refieren (...) al supuesto de imposibilidad inicial de cumplimiento (...) no tienen carácter imperativo. Por lo tanto, las partes pueden (...). Ellas también pueden acordar que el contrato no tendrá validez en caso de imposibilidad inicial de cumplimiento (...)» [Principios UNIDROIT (2004) p. 122].

¹⁰⁴ Principios UNIDROIT (2004), pp. 99-100.

¹⁰⁵ Principios UNIDROIT (2004), p. 100.

[iii] Por último, el artículo 4:102 PECL dispone:

«Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates».

a) En el Comentario (único) del artículo 4:102 PECL se señala, que en algunos sistemas legales el contrato es ineficaz si, siendo ello *desconocido* por las partes, es imposible de ejecutar, por ejemplo, porque no hay objeto o, porque el vendedor no tiene derecho de disposición sobre los bienes que pretende vender. Se destaca que los PECL *no adoptan ese acercamiento jurídico al problema*. Y, se indica, que *muchos de esos casos pueden tratarse como supuestos de errores esenciales*, lo que permite a cada parte afectada ejercitar *la anulación del contrato*. En otros casos, lo que sucede es que *una parte asume el riesgo de la imposibilidad originaria* y en consecuencia, *no puede anular el contrato*. Se añade, por último, *que naturalmente el cumplimiento específico es imposible*, pero, *la parte que ha asumido el riesgo puede responder de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento*¹⁰⁶.

[54] La norma del artículo 1303 PC rompe con el sistema del Código civil. En el Código civil se recoge una regla tradicional: *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50, 17, 185)¹⁰⁷. El artículo 1261.2º CC señala que no hay contrato (invalidéz), si no hay objeto cierto que sea materia del contrato y, según el artículo 1272 CC, «[n]o pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios que sean imposibles». En la *Propuesta civil*, en cambio, no se requiere *para la validez del contrato* que la prestación sea inicialmente posible. La misma regla se aplica –la de que no afecta a la validez– al hecho de que alguno de los contratantes carezca de facultad de disposición de los bienes en el momento de la perfección del contrato. Para este otro supuesto, la *Propuesta civil* también constituye una novedad, en el sentido de que habría un expreso pronunciamiento legal, pues entre nuestros autores se ha ido progresivamente asentando la idea de que en tal caso el contrato es válido (me limito a recordar, a modo de mero ejemplo, la discusión doctrinal sobre la validez de la venta de cosa ajena; *vid.* por ejemplo la STS, 1.ª, 26-02-2008 referida a la enajenación de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que corresponde al enajenante,

¹⁰⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 228.

¹⁰⁷ *Ad impossibilia nemo tenetur*; ZIMMERMANN (1996), pp. 240-241.

Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, FD 2.º, RJ 2008/2819).

[i] Por lo reciente de la *Propuesta civil* (2009) conviene realizar algún apunte sobre cómo se tratan los requisitos del contrato; esto es, acerca de cuándo tiene lugar la vinculación jurídica¹⁰⁸. Esto se regula en el Capítulo Primero, «*Disposiciones generales*», del Título II, «*De los contratos*», del Libro IV de la *Propuesta civil* (arts. 1236 a 1244 PC). Antes que nada, debo dejar claro que en la *Propuesta civil* no hay un precepto equivalente al artículo 1261 CC, que exija, para que haya contrato, consentimiento, objeto y causa. Aunque el eje central de la siguiente exposición es la *Propuesta civil*, también aludo, cuando es oportuno, a la *Propuesta mercantil*.

[ii] *Consentimiento*.

a) Es claro que para la *Propuesta civil* el contrato se asienta en el mutuo consentimiento de los contratantes. En esto, la *Propuesta civil* no supone un cambio en relación con el Código civil, que también requiere del consentimiento de los contratantes para que haya contrato (art. 1261.1.º, 1262.I CC). Los cambios que la *Propuesta civil* contiene frente al Código civil comienzan a percibirse en cuanto uno se fija en el contenido de ese consentimiento. En este otro aspecto, la influencia de los PECL es clara.

Señalado lo anterior, entre otros preceptos de la *Propuesta civil* en los que se destaca esa exigencia del consentimiento de la partes, puede mencionarse al artículo 1255 PC, que regula el momento en que el contrato se perfecciona; o, el artículo 1239.I PC, que regula la forma del contrato (*infra* [v] en este [54]); o, el artículo 1242 PC, que dispone que el contrato se perfecciona, aunque algún punto quede pendiente de ulterior negociación. Podemos encontrar además otros preceptos.

El citado artículo 1242 PC dispone:

«No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales¹⁰⁹ y quieren vincularse ya,

¹⁰⁸ Sobre la construcción del contrato y la vinculación jurídica en los PECL, en los Principios UNIDROIT, en la CISG y en el *Uniform Commercial Code*: MARCO MOLINA (2009), pp. 589-611.

¹⁰⁹ Diversos textos jurídicos consideran que si las partes tienen clara voluntad de concluir un contrato, éste existe aunque en él haya algún aspecto no determinado (términos abiertos). Sobre el precio, se facilita su determinación si las partes no lo han fijado expresamente o, si posteriormente hay algún problema para su determinación (cfr. arts. 14.1 y 55 CISG; arts. 2.1.14, 5.1.7 Principios UNIDROIT; arts. 6:104, 6:105, 6:106, 6:107 PECL). Según el artículo 1277 PC: «1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado./ Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración de que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiese observado tales criterios./ 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiese hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designa-

el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores.

Si en el curso de una negociación y antes de alcanzarse el acuerdo, una de las partes hubiera manifestado a la otra que el contrato no se entendería celebrado hasta haber extendido el referido acuerdo a determinadas cláusulas o condiciones o hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras tales requisitos no se cumplan.»

b) En la *Propuesta mercantil*, el artículo 50.5 dispone:

«Salvo disposición contraria de la Ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento» (cfr. art. 50.6 PM; arts. 29.1, 11 y 12 CISG).

c) Como en las *Propuestas civil y mercantil*, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, el elemento nuclear del contrato es el acuerdo de las partes (art. 3.2 Principios UNIDROIT)¹¹⁰, el que las partes consideren que están legalmente vinculadas, habiendo alcanzado un acuerdo suficiente (art. 2:101 PECL)¹¹¹.

ción inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones./ Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a que hubiera debido atenderse, se estará a lo que los Tribunales decidan./ 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso». Según el artículo 57 PM: «1. Cuando en un contrato no se hubiere fijado el precio o establecido los medios de determinarlo, se entenderá que las partes, a falta de cualquier indicación en contrario, se han referido al precio generalmente establecido, al tiempo de la perfección del contrato, para tal prestación en circunstancias equiparables del tráfico correspondiente./ 2. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o quiera fijarlo se entenderá por precio uno que sea razonable./ 3. Cuando se pacte que el precio deba fijarse atendiendo a referencias que no existen, que han dejado de existir o que no son accesibles a las partes, se acudirá a la referencia equivalente más cercana».

¹¹⁰ Según el artículo 3.2 Principios UNIDROIT: «(Validez del mero acuerdo)/ Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional». En el inicio del Comentario del artículo 3.2 Principios UNIDROIT se indica: «[L]a finalidad de este artículo es dejar claro que el mero acuerdo de las partes es suficiente para que un contrato quede perfeccionado, modificado o extinguido válidamente, sin necesidad de otros requisitos que suelen exigirse bajo el derecho interno» [Principios UNIDROIT (2004) p. 98]. De aquí, lo innecesario de la *consideration*, propia de los países de tradición jurídica anglosajona [Comentario 1 del art. 3.2 Principios UNIDROIT, *op. cit.*, p. 98]: «En el tráfico mercantil este requisito tiene una importancia mínima, ya que en este contexto las obligaciones casi siempre son contraídas por ambas partes. Esta es la razón por la que el artículo 29 (1) de CISG libera del requisito de *consideration* a la modificación y extinción del contrato de compraventa internacional de mercaderías. La extensión de este principio a la celebración, modificación y extinción, por acuerdo de las partes, de todos los contratos mercantiles internacionales ofrece mayor certeza y disminuye las controversias». En Comentario 2 del artículo 3.2 Principios UNIDROIT se justifica, asimismo, lo innecesario de la *causa*, propia de algunos países de tradición jurídica romanista (*op. cit.* p. 98). Finalmente, en el Comentario 3 del artículo 3.2 Principios UNIDROIT, se indica que en los Principios UNIDROIT todos los contratos son consensuales, lo que implica la exclusión de la categoría de los contratos reales recogida en algunos sistemas (v. gr., préstamo) [*op. cit.* pp. 98-99].

¹¹¹ Según el artículo 2:101 PECL: «Conditions for the Conclusion of a Contract/ (1) A contract is concluded if: / (a) the parties intend to be legally bound, and/ (b) they

[iii] Causa.

a) En la *Propuesta civil* no se indica, que para que haya contrato se requiera de la «[c]ausa de la obligación que se establezca», como requiere el Código civil en el artículo 1261.3.º No obstante, no debe pensarse que en la *Propuesta civil* la causa haya sido deserrada del mundo de los contratos. La causa está presente desempeñando una función de control del contenido del contrato (de la autonomía de la voluntad). En esta materia, la *Propuesta civil* no rompe con el Código civil. Hay una continuidad. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil* se indica que, «aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en un causa que sea lícita, no se dota al elemento causa del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener» (EM VII).

Además, la *Propuesta civil* recoge un conocido concepto para la civilística española: el del «propósito práctico del contrato», tomado del pensamiento de Federico de Castro y Bravo.

Esta caracterización, que acabo de realizar sobre la causa del contrato en la *Propuesta civil*, resulta del artículo 1238 PC –ubicado en el Capítulo Primero, «*Disposiciones generales*», del Título II,

reach a sufficient agreement without any further requirement./ (2) A contract need not to be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses». En el *Comment B* del artículo 2:101 PECL se indica, que para vincularse contractualmente una parte debe tener intención de vincularse legalmente; por otro lado, si, de hecho, se tiene tal intención es irrelevante, si la otra parte tiene razón para inferir de la declaración o de otra conducta de la primera parte que se entiende que se vincula (art. 2:102 PECL) [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 137]. En el *Comment D* del artículo 2:101 PECL se aclara que para que haya contrato no se exigen más requisitos: no se requiere forma, ni *consideration*; incluso una promesa de prestar dinero o de recibir un depósito son efectivas antes de su ejecución; tampoco un contrato es inválido porque al tiempo de su conclusión fuera imposible cumplir la obligación [*op. cit.*, p. 138].

Los requisitos del artículo 2:101 (1) PECL se desarrollan en los artículos 2:102 y 2:103 PECL.

a) Según el artículo 2:102 PECL: «Intention/ The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party». En el *Comment B* se precisa que el artículo 2:102 PECL contiene un principio general sobre los efectos de la declaración de una parte o de su conducta. Tales efectos se determinan cómo razonablemente aparecen a la otra parte. Si la verdadera intención es comprendida por la otra parte, la primera se vincula. No importa la manera en la cual se exprese la intención. Esto se coordina con la regla de interpretación del artículo 5:101 (1) PECL, según la cual la común intención de las partes prevalece, incluso si se aparta del significado literal de las palabras empleadas. En otros supuestos, el contrato se interpreta de conformidad con el significado que una persona razonable, del mismo tipo que las partes, hubiera dado en tales circunstancias [art. 5:101 (2) PECL]. Para determinar la oferta también se aplican otras reglas de interpretación como la de los artículos 5:102, 5:103 (a) y (c-f) y 5:104 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 144].

b) Según el artículo 2:103 PECL: «Sufficient Agreement/ (1) There is sufficient agreement if the terms/ (a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or/ (b) can be determined under these Principles./ (2) However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached». El artículo 1237 PC dispone: «Las partes podrá obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público [cfr. art. 1255 CC]./ Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes [cfr. art. 1256 CC]».

«De los contratos», del Libro IV de la *Propuesta civil*– y del artículo 1296 PC –situado éste en el Capítulo IX, «De la nulidad y anulación de los contratos», del mismo Título II, «De los contratos», del Libro IV de la *Propuesta civil*–.

El artículo 1238 PC dispone:

«1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral [cfr. art. 1275 CC]¹¹².

Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo [cfr. art. 1306 CC].

2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario [cfr. art. 1277 CC].

La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita [cfr. art. 1276 CC].

3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado¹¹³.

¹¹² El artículo 4:101 PECL (*Matters not Covered*) dispone que el Capítulo 4 de los PECL, que trata de la *Validez de contrato*, no regula la invalidez que surge de la ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad. En la Parte III de los PECL se regula los contratos ilegales e inmorales. Para un análisis de esos artículos de los PECL y de los correspondientes en el DCFR: INFANTE RUIZ/OLIVA BLÁZQUEZ, *InDret*, 2009/2 pp. 33-48. Los autores consideran que no es necesario acudir a la categoría de la causa para controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos y los pactos inmorales. Consideran que tales patologías del contrato pueden abordarse en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Señalan que puede suprimirse la técnica de la causa para controlar la licitud de los contratos. Citan a los artículos 1238 ([54] [iii]) y 1306 PC, haciendo ciertas consideraciones sobre este último. [*InDret* 2009/2 pp. 31-32]. *Vid.* Luis Díez-PICAZO, *ADC* (2003), pp. 1573-1574.

¹¹³ CASTRO Y BRAVO: «(...)»/El ordenamiento jurídico, en materia de Derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones. Mas, cuando se solicita su intervención coactiva, lo hecho se medirá, para ver a qué figura o tipo negocial se ajusta; y los que conoce y admite el Derecho, se han acuñado en las leyes y en la práctica no como nombre vacíos sino conforme a su variada significación social. Calificar unos tratos de compraventa, donación, etc., no es competencia de los particulares; el querer que se produzcan ciertos efectos jurídicos del contrato de compraventa (hacer dueño al adquirente a título de comprador), cuando no se adquiere por precio sino por liberalidad, no bastará para que se le considere jurídicamente compra y se impida la aplicación de las reglas sobre la donación. La regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes (p. ej., revocación de la donación), y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados (por ejemplo, en tercería de dominio y de mejor derecho, respecto de los acreedores en general y de los legitimarios)./ Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y de responsabilidad. Lo que con ello se entiende no permitido, es el pretender aprovecharse de una figura jurídica, respecto de ciertos efectos (adquirir como comprador), aunque no se den los requisitos (p. ej., el precio), propios de ella (los que se pretenden suplidos por la voluntad del efecto jurídico) y con esto el liberarse, a costa de otros u otros, de las cargas y limitaciones (responsabilidad) que impone la figura jurídica que corresponde al propósito práctico propuesto (p. ej., hacer una liberalidad)./ También se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio; lo que se puede observar en el mismo ejemplo de Savigny de la compra de la casa.

4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecúe con la causa del contrato celebrado»¹¹⁴.

Por su parte, el artículo 1296 PC preceptúa:

«1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, (...), se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo. Esta acción es imprescriptible./ (...)»

b) En la *Propuesta mercantil* no hay un precepto equivalente al artículo 1274 CC, que defina las causas genéricas de los contratos (onerosa, gratuita, remuneratoria).

[iv] *Objeto del contrato.*

Sobre el objeto del contrato, como he expuesto (*supra* [52] ss.), la *Propuesta civil* (art. 1303), sí que contiene importantes cambios en comparación con el Código civil (art. 1272). Mientras que en el Código civil, la imposibilidad originaria afecta a la validez del contrato –el contrato se considera nulo por falta de objeto (arts. 1261, 1271)–, en la *Propuesta civil*, la imposibilidad originaria no impide la validez del contrato (art. 1303). Media entre ambos textos un giro radical en el tratamiento jurídico de la imposibilidad originaria.

[v] *Forma.*

a) En la *Propuesta civil*, al igual que en el Código civil, la regla es la libertad de forma del contrato.

El artículo 1239.I PC dispone:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional [cfr. art. 1278 CC; arts. 11, 12 y 29.2 CISG].

Según su criterio, quedaría extramuros del Derecho el propósito práctico del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratara con el vendedor. En cambio, conforme al fin práctico propuesto (como hacen en sus decisiones los tribunales), se entenderá integrado en el propósito negocial el de habitar o arrendar la casa, y consiguientemente quedará viciado el negocio cuando se ocultó el mandato de su derribo (p. ej., por servidumbre a un aeródromo, por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (p. ej., respecto ciertas construcciones protegidas)./ (...)» [(1971) (ed. facsimilar de 1985) § 27, pp. 28-29; también § 248 pp. 188-189]. Se centra en esta segunda función del propósito práctico de Castro y Bravo, MORALES MORENO: «El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)» (2006-C), en particular pp. 329-334. Este trabajo de MORALES MORENO es clave en el pensamiento del autor: posiblemente pueda considerársele como uno de los trabajos a partir de los cuales comenzó con su conocida trayectoria de renovación del Derecho de las obligaciones contractuales.

¹¹⁴ CASTRO Y BRAVO [(1971) (ed. facsimilar de 1985)], § 264 a § 270, pp. 205-211.

La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes».

Además, según el artículo 1240 PC:

«Habrán de constar para su validez en documento público¹¹⁵ los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente.

En los demás casos podrán los contratantes compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos: [cfr. art. 1279 CC].

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. [Cfr. art. 1280.1º CC].

2.º Que esté así estipulado en el contrato.

También las partes podrán compelerse recíprocamente a que conste por escrito, aunque sea privado, el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de la cantidad mínima de diez mil euros [cfr. art. 1280, *in fine*, CC].

Será de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo los casos en que el contrato o la ley establezca otra cosa.»

b) En cuanto a la *Propuesta mercantil*, el artículo 50 dispone:

«(...).

7. En el momento de la celebración del contrato mercantil o con posterioridad, cualquiera de los contratantes tendrá derecho a exigir que el contrato y sus modificaciones o adiciones se consignen por escrito, así como a que se le entregue un ejemplar.

8. Los contratos mercantiles celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos en el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, sin que sea necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.» (*vid.* art. 50.5 PM).

[55] Si bien el artículo 1303 PC dispone que *el mero hecho* de la imposibilidad inicial u originaria de la prestación o el mero hecho de carecer inicialmente de facultades de disposición, *no afecta a la validez del contrato*, ello no impide que el contrato pueda *anularse*

¹¹⁵ Cfr. artículos 1269 a 1275 PC, Capítulo III, «De los documentos públicos y privados», del Título II, del Libro IV de la *Propuesta civil*.

(art. 1305 PC¹¹⁶; arts. 3.14 Principios UNIDROIT¹¹⁷, 4:112 PECL¹¹⁸) *si hay causa para tal impugnación*. Tal posible causa se halla en los vicios del consentimiento¹¹⁹, y, en particular, en el error y en el dolo. La *Propuesta civil* regula el error en el artículo 1298 PC y el dolo en el artículo 1300 PC.

[i] *El error.*

a) La *Propuesta civil*.—La regulación del error de hecho y de derecho de la *Propuesta civil* está claramente inspirada en los PECL; es también cercana a los Principios UNIDROIT. Puede decirse que la *Propuesta civil* condensa, en un único artículo, reglas que se encuentran en distintos preceptos de los Principios UNIDROIT y de los PECL. Por otra parte, como vamos a comprobar de inmediato, la regulación del error en la formación del contrato de la *Propuesta civil* difiere de la del Código civil.

¹¹⁶ Artículo 1305 PC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde./ También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior». Cfr. artículo 408.2 LEC. Según Luis Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES [(2002), p. 238]: «En la tradición del Derecho europeo continental y de los códigos civiles, la acción de anulación es una acción judicial y, por regla general, se entiende que sólo los tribunales están facultados para establecer la nulidad del contrato. Naturalmente, no se excluye que las partes puedan ponerse de acuerdo sobre la anulación, aunque, en tales casos, puede ponerse en tela de juicio si lo que se produce es una verdadera anulación o un mutuo disenso. *No se conoce, en la mencionada tradición de los códigos civiles, un ejercicio de la acción de anulación que se produzca extrajudicialmente, aunque habrá que pensar que, de la misma forma que la jurisprudencia española y la de otros países realizaron el recorrido necesario para trasladar las acciones de resolución del contrato originariamente judiciales, a un posible ejercicio extrajudicial, ningún inconveniente existe para que lo mismo ocurra en materia de anulación. Éste es el punto de vista que adopta los PECL en el art. 4:112 (...)*» (cursiva mía). Las *Propuestas mercantil* (art. 64.2.I PM) y *civil* (art. 1999.II PC) acogen el ejercicio de extrajudicial del remedio de la resolución de la relación contractual.

¹¹⁷ Artículo 3.14 Principios UNIDROIT: «(Notificación de anulación)/ El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte». Según el Comentario 1 del artículo 3.14: «Este artículo establece que la anulación de un contrato debe efectuarse mediante notificación a la otra parte, sin necesidad de intervención judicial» [Principios UNIDROIT (2004), p. 117]. Cfr. artículo 1.10 Principios UNIDROIT.

¹¹⁸ Artículo 4:112 PECL: «Notice of Avoidance/ Avoidance must be by notice to the other party». En el Comentario (único) se indica que la anulación puede llevarla a cabo quien para ello esté legitimado, no siendo necesaria una orden judicial para anular el contrato. La anulación tiene eficacia cuando la comunicación llega al otro contratante (art. 1:303 PECL). También se precisa en el Comentario, que, una conducta inequívoca, que indique que la parte ya no se considera vinculada por el contrato, constituye una anulación del contrato si ello es conocido por la otra parte. Asimismo, puede comunicarse la anulación como defensa, frente a la acción que se hubiere ejercitado en contra. [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 274].

¹¹⁹ Por reformar los vicios del consentimiento, la *Propuesta civil* también reforma el artículo 1817.I CC. El artículo 1817.I CC dispone: «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a los dispuesto en el artículo 1265 de este Código». Según el artículo 1817.I PC: «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el Capítulo IX del Título II de este Código [De la nulidad y anulación de los contratos, artículos 1296 a 1309]».

El artículo 1298 PC dispone:

«1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.

2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.

3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.

2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error¹²⁰.

4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido [cfr. art. 1432 Codice Civile 1942].

5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.»

b) *Los Principios UNIDROIT.*—El artículo 3.4 Principios UNIDROIT dispone:

«(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente en el momento en que se celebró el contrato»¹²¹.

¹²⁰ Contrastando con los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1298 PC, de interés las consideraciones de MORALES MORENO acerca del error, más allá de un concreto ordenamiento jurídico [(1993-A) pp. 229-246]; en relación con el requisito jurisprudencial de la excusabilidad del error y, sobre los criterios que el autor construye acerca de la imputabilidad del error para que éste tenga relevancia y, apoyo jurídico: *op. cit.*, pp. 292-312.

¹²¹ Para aplicar el error es clave el momento en el que ha de existir el mismo. En el Comentario 2 del artículo 3.4 Principios UNIDROIT se lee: «Este artículo se refiere al error que implica una concepción equivocada de los hechos o de las circunstancias jurídicas existentes en el momento de celebrarse el contrato./ La fijación de este elemento temporal obedece a la necesidad de diferenciar los supuestos en que se aplican las normas de error de aquellos otros en que se deberán ejercer las acciones por incumplimiento. En efecto, muchas veces un caso típico de error puede ser considerado como un obstáculo que evita o impide el cumplimiento del contrato. Se aplican las reglas del error si una parte ha celebrado un contrato bajo una falsa concepción de los hechos o del contexto jurídico, y por tanto, se equivoca acerca de los efectos del contrato. Si, por el contrario, una parte ha tenido una acertada concepción de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se celebró el contrato, pero incurre en un juicio equivocado acerca de sus efectos y más tarde se

Según el artículo 3.5 Principios UNIDROIT:

«(Error determinante)

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

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial¹²²; o

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

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

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

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

El artículo 3.6 Principios UNIDROIT preceptúa:

«(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.»

Finalmente, el artículo 3.13 Principios UNIDROIT:

«(Pérdida del derecho a anular el contrato)

niega a cumplirlo, en este supuesto se trata de un caso de incumplimiento más que de error» [Principios UNIDROIT (2004), p. 101].

¹²² Comentario 2 del artículo 3.5 Principios UNIDROIT: «Los tres primeros requisitos indicados en el párrafo (1) (a) tienen en común el hecho de que la contraparte de quien incurre en error no merece protección, porque de una u otra forma ha contribuido al error de la parte equivocada./ La primera condición es que ambas partes incurran en error./ (...) / La segunda condición es que el error de la parte equivocada sea causado por la otra parte. Este supuesto suele presentarse cuando el error se origina en manifestaciones concretas –expresas o tácitas, culposas o no culposas– o en un comportamiento que en determinadas circunstancias puede ser considerado como una manifestación. Incluso el silencio puede dar lugar a error. Generalmente sería tolerada una simple exageración en la propaganda o en el curso de las negociaciones./ Si el error fue causado intencionadamente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 3.8./ La tercera condición es que la contraparte de quien incurre en error conocía o debía haber conocido el error en que ésta se encontraba y resulta contrario a criterios razonables de lealtad comercial mantener a la otra parte en error. Lo que la contraparte de quien incurre en error “conocía o debió haber conocido” es lo que conocía o debió haber conocido una persona razonable en circunstancias similares. Para poder anular el contrato, la parte equivocada debe demostrar además que la otra tenía la obligación de informarle de su error» [Principios UNIDROIT (2004), p. 104].

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno»¹²³.

Recuérdese, además, el artículo 3.19 Principios UNIDROIT, que dispone que no son imperativas las disposiciones referidas al error¹²⁴.

c) *Los PECL.*—En los PECL, el artículo 4:103 PECL dispone:

«(Fundamental Mistake as to Facts or Law)

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or

(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or

(iii) the other party made the same mistake,
and

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the con-

¹²³ Comentario del artículo 3.13 Principios UNIDROIT: «De acuerdo con este artículo, se le puede impedir a la parte que incurrió en error que anule el contrato si la otra parte expresa su voluntad de cumplir o cumple el contrato de la manera en que lo entendió la parte equivocada. El interés de la otra parte en actuar de esta forma radica en su preferencia por los beneficios del contrato, aun bajo la versión modificada./ Esta preocupación por salvaguardar el interés de la otra parte sólo se justifica en el caso de error, no así en los otros casos de consentimiento viciado (amenaza o dolo), en los que raramente cabe esperar que las partes deseen convalidar el contrato» [Principios UNIDROIT (2004), pp. 115-116]. Y, en el Comentario 4 del artículo 3.13 Principios UNIDROIT: «La adaptación del contrato no excluye el derecho de la parte que incurrió en error a demandar daños y perjuicios conforme a lo establecido en el Art. 3.18, si ha sufrido un menoscabo que no encuentra compensación con la adaptación del contrato» (*op. cit.*, p. 116).

¹²⁴ Reproducido en nota 103. En el Comentario (único) de artículo 3.19 Principios UNIDROIT se indica que las partes «pueden acordar (...) que el error en el que puedan incurrir una o ambas partes no podrá alegarse como causa de anulación» [Principios UNIDROIT (2004), p. 122].

tract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

- (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or
- (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it»¹²⁵.

Según el artículo 4:104 PECL:

«Inaccuracy in Communication

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person which made or sent the statement and Article 4:103 applies.»

Finalmente, el artículo 4:105 PECL:

«Adaptation of Contract

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance.

(2) After such indication or performance the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

(3) Where both parties have made the same mistake, the court may at the request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred»¹²⁶.

En los PECL, los remedios por error pueden ser excluidos o modificados por las partes, salvo que ello sea contrario a la buena fe [art. 4:118 (2)¹²⁷].

[ii] *El dolo*.

¹²⁵ Sobre la regulación del error y del dolo en los PECL: MORALES MORENO (2003-B), pp. 373-386, 390-396.

¹²⁶ *Comment C* del artículo 4:105 PECL: «The adaptation of the contract by the other party or by the court under this Article does not preclude the mistaken party claiming damages under Article 4:117 if it has suffered loss which is not compensated by the adaptation of the contract» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 247].

¹²⁷ Artículo 4:118 PECL: «Exclusion or Restriction of Remedies/ (...) (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing».

a) *La Propuesta civil.*—En el dolo en la formación del contrato, entiendo, no se percibe tan directa proximidad entre la *Propuesta civil* y la regulación de los Principios UNIDROIT y la de los PECL, como la que hemos visto en el error. Además, en la *Propuesta civil* se codifica el dolo por omisión.

El artículo 1300 PC dispone:

«1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas [cfr. art. 1269 CC] o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta la circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.

2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes [cfr. art. 1270.I CC].

3. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios [cfr. art. 1270.II CC].»

b) *Los Principios UNIDROIT.*—El artículo 3.8 Principios UNIDROIT dispone:

«(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial»¹²⁸.

c) *Los PECL.*—Según el artículo 4:107 PECL:

«(Fraud)

(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

¹²⁸ Sobre la distinción entre el error y el dolo, en el Comentario 2 del artículo 3.8 Principios UNIDROIT se indica: «(...) radica en la naturaleza y fin de las maniobras u ocultamientos de la parte que comete el dolo. (...). Dicha conducta es dolosa al pretender inducir a error a la otra parte obtener [*sic*], por ello cierta ventaja en detrimento de dicha parte. El carácter reprochable de la conducta dolosa es razón suficiente para anular el contrato, sin necesidad de que concurren los requisitos adicionales establecidos en el Art. 3.5 para que el error se considere determinante» [Principios UNIDROIT (2004), p. 108]. Para el Derecho español, sobre la distinción entre el error y el dolo: MORALES MORENO (1993-B), pp. 390-392.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the party had special expertise;
- (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
- (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
- (d) the apparent importance of the information to the other party.»

[iii] La *Propuesta mercantil* no regula los vicios del consentimiento.

[56] Finalizaré este apartado sobre la prestación originariamente imposible y la validez del contrato, reproduciendo un párrafo de la Exposición de Motivos de la *Propuesta civil*, que, a mi entender, condensa con brevedad y contundencia el significado y el alcance de la nueva regla (frente al Código civil) contenida en el artículo 1303 PC:

«En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse. (...). *Más se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que pueden existir otros motivos de anulación*» (apartado VI; cursiva mía)¹²⁹.

6.2 La imposibilidad originaria en la compraventa y el incumplimiento

[57] El anterior análisis del artículo 1303 PC ha sido preciso, en cuanto que es el paso previo (validez del contrato) para poder explicar y situar correctamente el artículo 1460.I PC. Este último, ubicado en la compraventa, conecta directamente con el incumplimiento, la materia objeto de mi estudio. El artículo 1460.I PC, del que obviamente no hay equivalente en la *Propuesta mercantil*, dispone:

«La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera con-

¹²⁹ Luis Díez-PICAZO, *ADC* (2003), pp. 1572-1573.

fiado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos.»

[58] En el Código civil, puesto que no pueden ser objeto de contrato las cosas imposibles (arts. 1272, 1261.2.º CC), si la cosa objeto de compraventa se hubiera perdido en su totalidad en el momento de la celebración del contrato, el contrato queda «sin efecto» (art. 1460.I CC¹³⁰). En la *Propuesta civil*, al no afectar a la validez del contrato la imposibilidad inicial de cumplimiento (art. 1303), se puede, *bajo el presupuesto de que en el contrato se incorporen y garanticen estados de la realidad*, reconducir al incumplimiento el hecho de que el vendedor no pueda entregar la cosa por su pérdida total y definitiva antes de la perfección de la compraventa. Ese criterio inspira la redacción del artículo 1460.I PC.

[i] El artículo 1460.I PC y el artículo 1450 de la *Propuesta sobre compraventa* comparten la redacción. En la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se explica la razón y las consecuencias del artículo 1450 PCV (trasladables al artículo 1460.I PC):

«5. La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los Ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460 [CC]. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. *La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código.* El artículo 1460 [CC] ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450 [PCV; art. 1460 PC]» (cursiva mía)¹³¹.

¹³⁰ Artículo 1460.I CC: «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto». *Vid.*, por ejemplo, STS, 1.ª, 10-01-2008, FD 4.º, también FD 3.º, Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades, RJ 2008/204.

¹³¹ MORALES MORENO (2003-B), pp. 372-737, y ADC (2003-A), p. 1630. Para el Código civil, con carácter general, y referido al incumplimiento de deberes precontractuales en relación con el interés de conservación: MORALES MORENO (2010), pp. 89-90.

[59] El artículo 1460.I PC, aunque referido a la compraventa, tiene un enorme interés para poner de manifiesto las orientaciones de la *Propuesta civil*. Voy a hacer algún comentario sobre su presupuesto de aplicación y consecuencia jurídica.

[60] *Presupuesto de aplicación*.—No siempre que el vendedor no pueda materialmente entregar la cosa por causa de la imposibilidad inicial va a responder bajo las reglas del incumplimiento. Ello tendrá lugar, según el artículo 1460.I PC, si el comprador hubiera confiado razonablemente en la posibilidad de poder ejercitar los derechos derivados del incumplimiento (conforme al régimen de cada uno de ellos). ¿Cómo ha de entenderse esto? En mi opinión, ello ha de entenderse en el sentido de que a la regla contractual se incorpora el que el vendedor entregará efectiva y materialmente la cosa al comprador. Esa vinculación se basa en la confianza que el vendedor ha generado en el comprador de que será así. Tal confianza se genera, unas veces, por las declaraciones de voluntad expresas o por el comportamiento concluyente del vendedor. Ha, pues, de interpretarse el contrato (arts. 1278 a 1281 PC¹³², 55 PM¹³³). Por

¹³² Artículo 1278 PC: «Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras./ Si uno de los contratantes hubiera entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél./ Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias» [cfr. art. 8, 1 y 2, CISG; art. 4.1 Principios UNIDROIT (Intención de las partes); art. 5:101 PECL (General Rules of Interpretation); art. 1281 CC; art. 55, 1 y 2, PM]. Artículo 1279 PC: «Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta:/ 1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores./ 2. La naturaleza y el objeto del contrato./ 3. La interpretación que las partes hubieran ya dado a cláusulas análogas y las prácticas establecidas entre ellas./ 4. Los usos de los negocios./ 5. Las exigencias de la buena fe» [cfr. art. 8.3 CISG; art. 4.3 Principios UNIDROIT (Circunstancias relevantes); art. 5:102 PECL (Relevant Circumstances); arts. 1282, 1286, 1287 CC; art. 55.1 PM]. Artículo 1280 PC: «1. Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas [cfr. art. 1285 CC]./ La interpretación de acuerdo con la cual las cláusulas de un contrato sean lícitas y produzcan efecto deberán preferirse a aquéllas que las hagan ilícitas o las prive de efectividad./ 2. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad [cfr. art. 1288 CC]» [cfr. arts. 4.4 Principios UNIDROIT (Interpretación sistemática del contrato), 4.5 Principios UNIDROIT (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones), 4.6 Principios UNIDROIT (Interpretación *contra proferentem*); arts. 5:103 PECL (Contra Proferentem Rule), 5:105 PECL (Reference to Contract as a Whole), 5:106 PECL (Terms to Be Given Effect); arts. 1284, 1289 CC; art. 55.3 PM]. Artículo 1281 PC: «Cuando existan versiones de un contrato en diferentes lenguas y ninguna de ellas haya sido declarada preferente, en caso de discrepancia, se adoptará para la interpretación la versión original» [cfr. art. 4.7 Principios UNIDROIT (Discrepancias lingüísticas); art. 5:107 PECL (Linguistic Discrepancies); art. 55.4 PM; más allá, cfr. art. 9.3 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias]. El artículo 55 PM se transcribe en la nota siguiente.

Vid. SÁNCHEZ LORENZO (2009), pp. 443-488.

¹³³ Artículo 55 PM: «1. El contrato mercantil debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Para determinar esta intención común se tendrán en cuenta

otro lado, el artículo 1276 PC señala el carácter vinculante de las afirmaciones realizadas por el profesional en actividades de promoción o publicidad del producto o servicio (no obstante, el precepto va referido fundamentalmente al caso de la atribución de cualidades a los productos o servicios)¹³⁴. En otros casos, la vinculación del vendedor se produce porque conoce de la pérdida de la cosa en el momento de la celebración del contrato y no informa de ello al comprador; la vinculación surge del dolo. Su silencio conlleva, según la buena fe (art. 1243 PC)¹³⁵, la asunción de la no entrega. Esa asunción se gobierna por las reglas del incumplimiento.

[i] Más allá de la imposibilidad originaria de la prestación, otro importante aspecto en el contrato de compraventa es el de la atribución de cualidades a la cosa y su incorporación a la regla del contrato. Este problema es, en principio, más frecuente que el de la imposibilidad originaria de la obligación del vendedor de entregar la cosa. Pero, desde la perspectiva jurídica, se plantea la misma problemática: la de qué se incorpora y qué no, a la regla del contrato. Cuando lo incorporado y, por tanto, exigible jurídicamente, no es llevado a cabo por el deudor, tiene lugar el incumplimiento del contrato y procede la aplicación de los (oportunos) remedios derivados del incumplimiento.

[ii] El artículo 6:101 PECL se ocupa expresamente de cómo las declaraciones de una parte se incorporan al contrato y dan lugar a la vinculación contractual. El artículo 6:101 PECL dispone:

«Statements giving rise to Contractual Obligations

todas las circunstancias y, en particular, los términos del contrato, las negociaciones previas, las prácticas entre los contratantes, la conducta de éstos después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del mismo y los usos y el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica./ 2. Las declaraciones y la conducta de cada parte se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra parte la hubiere conocido o podido conocer y, en su defecto, por el sentido que resulte de lo que normalmente se entienda en la práctica./ 3. Las cláusulas oscuras de un contrato establecidas por una de las partes no podrán ser interpretadas a favor del que las hubiera establecido./ 4. En caso de discrepancia entre las diversas versiones de un contrato que se hubiere redactado en varios idiomas, se preferirá la versión pactada por las partes y, en defecto de pacto o si se hubiere pactado que todas las versiones tengan el mismo valor, aquella en la cual el contrato hubiera sido redactado originariamente».

¹³⁴ Artículo 1276 PC: «Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta./ No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos». Cfr. artículos 61 TRLGDCU («Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato»; regla general) y 116.1.d) TRLGDCU («Conformidad de los productos con el contrato»; regla particular para la falta de conformidad).

¹³⁵ Artículo 1243 PC (cfr. art. 1258 CC): «Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

(1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account:

- (a) the apparent importance of the statement to the other party;
- (b) whether the party was making the statement in the course of business; and
- (c) the relative expertise of the parties.

(2) If one of the parties is a professional supplier which gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect.

(3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking» (cfr. art. 1276 PC, transcrito en nota 134).

a) En el *Comment A* del artículo 6:101 PECL se señala que el apartado (1) reitera la regla de que las declaraciones pueden llegar a formar parte del contrato. Si esto sucede o no, depende de cómo ello se perciba por las partes contratantes. El apartado (1) del artículo 6:101 PECL enumera algunos elementos que pueden hacer más fácil establecer la percepción de los contratantes¹³⁶.

b) En el *Comment C* del artículo 6:101 PECL, refiriéndose el apartado (2) del precepto, se indica que la información y las promesas realizadas por el proveedor se convierten en parte del contrato. Si la información dada es incorrecta o, la promesa incumplida, la otra parte puede ejercitar los remedios del incumplimiento contractual de los Capítulos 7, 8 y 9 PECL¹³⁷.

[61] *Consecuencia jurídica.*—Según el artículo 1460.I PC, el comprador dispondrá de aquellos remedios del incumplimiento cuyos requisitos de aplicación se reúnan. El artículo 1460.I PC sitúa el problema de la imposibilidad originaria en el sistema de responsabilidad contractual (expresión que empleo en sentido

¹³⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 299.

¹³⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 300. Continúa el texto: «Thus, it can make the supplier perform the contract as promised, and hold it liable in damages irrespective of fault, unless the non-performance is excused. Even if the non-performance is excused the aggrieved party may terminate the contract if the non-performance is substantial» (*op. cit.*, p. 300). *Vid.*, también, el *Comment D* del artículo 6:101 PECL. Sobre el artículo 6:101 PECL: Luis Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002), pp. 273-277.

amplio). Presupone que la falta de entrega de la cosa por la imposibilidad originaria es un incumplimiento. Dicho incumplimiento pone a disposición del comprador el sistema de remedios del mismo. La aplicación de cada remedio depende de que se reúnan sus requisitos aplicativos.

La aplicación del artículo 1460.I PC supone:

a) Que el comprador no puede exigir del vendedor el cumplimiento, por ser éste físicamente imposible. Así lo destaca la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa*, transcrita *supra* [58] [i]. También, el artículo 1192.II.1.º PC que dispone, con carácter general y para las «obligaciones distintas de las de pagar dinero», que no se puede exigir el cumplimiento, si éste es jurídica o físicamente imposible.

b) Que corresponden al comprador (acreedor) todas las acciones que el vendedor (deudor) tuviere contra terceros por razón de la cosa, con base en el artículo 1196 PC (cfr. art. 1186 CC).

c) Que el comprador no puede ejercitar el remedio de la reducción del precio (art. 1197.I PC). Este remedio presupone que el comprador ha recibido una prestación no conforme con el contrato y el supuesto de hecho del artículo 1460.I PC es otro: la no entrega de la cosa por el vendedor.

d) Que la no entrega definitiva de la cosa (por causa de la imposibilidad originaria) puede calificarse de incumplimiento esencial del vendedor y, en la *Propuesta civil*, si el incumplimiento es esencial, el acreedor (comprador) puede resolver la relación contractual (art. 1199.I PC).

e) Que el comprador podrá exigir la reparación de los daños que haya sufrido, si el incumplimiento del vendedor es inexcusable o imputable subjetivamente (art. 1209.I PC). Por ejemplo, el vendedor conocía de la imposibilidad originaria y no informó al comprador. Tal reparación de daños se rige por la disciplina de los artículos 1205 a 1212 PC¹³⁸.

¹³⁸ El artículo 1382 PCC 1851, antecedente del artículo 1460 CC, disponía en su párrafo I: «Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato». En su comentario al artículo 1382 PCC 1851, GARCÍA GOYENA señaló: «*Queda sin efecto*: mejor dicho, es nulo, porque le falta uno de los tres requisitos esenciales, á saber: la cosa, materia ú objeto: (...) / (...) / Si la cosa había perecido del todo (y entiéndase ser así cuando se compró un edificio y había desaparecido lo edificado, aunque se conserve el solar, ó se compró una heredad, precisamente por sus árboles frutales que derribó el huracán ó consumió el incendio) no hay venta cuando lo ignoraban los dos contrayentes; si lo sabía solo el vendedor, responde de los daños y perjuicios al comprador, pues que le engañó: si lo sabía solo el comprador, debe pagar al vendedor todo el precio, pues se presume que lo quiso donar: si lo sabían los dos no hay contrato, *dolo inter utramque partem compensando*, según la ley 57» [reimp. (1852), p. 736]. P. 5.5.14.

Sobre el artículo 1460.I CC, señala RIVERO HERNÁNDEZ: «Aunque el Código no hace distinción alguna, suele distinguir la doctrina siguiendo a García Goyena, según se conociera, y por quién, el perecimiento anterior de la cosa: si lo conocía el vendedor sólo,

6.3 La relación entre el error, el dolo y el incumplimiento

[62] El supuesto de la imposibilidad originaria me va a servir de posible ejemplo, entre otros, para la cuestión que en este epígrafe quiero plantear, la de la relación entre el error y el dolo en la formación del contrato, y el incumplimiento.

En la imposibilidad originaria de cumplir (art. 1303 PC), el comprador puede, si reúne los oportunos requisitos de aplicación, anular el contrato por error o anularlo por dolo (*supra* [55]) y, en ese mismo caso de imposibilidad originaria y en la compraventa, el artículo 1460.I PC permite al comprador ejercitar los remedios derivados del incumplimiento, *si pudo razonablemente confiar en su ejercicio* (*supra* [57]). En consecuencia, es posible que en un caso dado puedan concurrir las figuras del error y del dolo en la formación del contrato, y la del incumplimiento¹³⁹. La subsecuente cuestión es si la persona legitimada para ejercitar la pretensión de anulación y los remedios por incumplimiento puede elegir entre uno u otro sistema de protección o, si tiene marcada por ley la opción. La *Propuesta civil*, que permite plantear la cuestión, no se pronuncia de modo expreso. Antes de aventurar una posible inter-

debe indemnizar al comprador por los daños y perjuicios producidos por la ineficacia del contrato que él conocía (actuación dolosa: cfr. art. 1101 Cc.); la misma solución cabe predicar cuando sea el comprador quien conoció la pérdida total anterior de la cosa (para García Goyena, deberá pagar todo el precio); si lo conocían los dos, habrá compensación de dolos. Cuando haya indemnización de perjuicios, alcanzará ésta (dice Rubino) a lo que la doctrina llama “interés contractual negativo” (gastos hechos, eventuales ocasiones perdidas por el comprador de estipular un contrato análogo con otras personas, y eventuales sacrificios afrontados para pago del precio concertado)» [*Elementos de Derecho civil, II-3.º*, 2.ª ed. (1986), p. 21]. CARRASCO PERERA [(1989), pp. 431-432], tras analizar el artículo 1460 CC, señala que ha de generalizarse la norma de que si la nulidad por imposibilidad inicial del objeto era conocida por una de las partes, ha de indemnizar todo el interés de cumplimiento de su cocontratante; tampoco ve razón alguna para que no pueda igualmente ser condenado el deudor culpable del desconocimiento. En relación con el artículo 1270 CC, MORALES MORENO: «El dolo puede determinar que el contrato celebrado sea inicialmente inviable, por carencia de alguno de los requisitos esenciales para que sea posible esa viabilidad. Por ejemplo: el dolo ha impedido al contratante engañado advertir la ausencia de algunos de los elementos esenciales para una normal eficacia del contrato (carencia de objeto, imposibilidad de la prestación). Tal inviabilidad, en los términos en él establecidos, no excluye la indemnización de los daños y perjuicios al contratante engañado (art. 1270.2.º); ni debe impedir que tal indemnización se produzca en la medida del interés en el cumplimiento, tal como podía esperar, según la buena fe, el contratante engañado (art. 1258)» [(1993-B), p. 415]. *Vid.* GARCÍA RUBIO (1991), pp. 39-40, 187-193. En relación con su Propuesta de reforma del Código civil: PANTALEÓN, ADC (1993), pp. 1721-1722. Cfr. § 311 a (2) BGB.

¹³⁹ CASTRO Y BRAVO informa de que Pufendorf consideraba que el error sobre la cosa coincidía con el incumplimiento: «Pufendorf (...). En los convenios, distingue si se ha procedido por una falsa presunción o si el error recae sobre la cosa misma. En el primer caso, (...). El error respecto a la cosa misma lo considera coincidente con el incumplimiento (se entrega algo distinto a lo convenido) y explica la referencia a “las cosas esenciales” diciendo que se trata no sólo de “la esencia física”, “sino también de las cualidades que el contratante tuvo principalmente presentes”» [ed. fac. de 1971 (1985), § 129, p. 106]. Sobre la doctrina de Pufendorf sobre el error: MORALES MORENO (1988), pp. 41-43.

pretación legal, conviene conocer qué solución contienen los Principios UNIDROIT y los PECL.

[i] El artículo 3.7 Principios UNIDROIT dispone:

«(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.»

a) En el Comentario 1 del artículo 3.7 Principios UNIDROIT se indica:

«Este artículo tiene el propósito de resolver el conflicto que puede surgir entre hacer valer los derechos y remedios relativos a la anulación del contrato en virtud del error o hacer valer los derechos y remedios por incumplimiento. En caso de conflicto debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad»¹⁴⁰. Este artículo 3.7 Principios UNIDROIT se refiere al error¹⁴¹.

[ii] Según el artículo 4:119 PECL:

«Remedies for Non-performance

A party which is entitled to a remedy under this Chapter [4] in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.»

a) En el Comentario (único) del artículo 4:119 PECL, se precisa que algunas situaciones pueden analizarse como un supuesto de error o de incorrecta información y, como supuesto de incumplimiento. Por ejemplo, podría haber un remedio por incumplimiento de acuerdo con el artículo 6:108 PECL (*Quality of Performance*), si el cumplimiento de una de las partes no es de la calidad media¹⁴²;

¹⁴⁰ Principios UNIDROIT (2004) p. 107. En el Comentario 2 del artículo 3.7 Principios UNIDROIT se especifica que la regla de la preferencia por la normativa del incumplimiento se aplica tanto si el conflicto entre error e incumplimiento es real como si es potencial: «Puede ocurrir que el conflicto entre ambos grupos de derechos y remedios se presente sólo en forma potencial, debido a que la parte que incurrió en error podría pretender el remedio de incumplimiento y daños y perjuicios, pero se encuentra impedido de hacerlo por alguna circunstancia, tal como la prescripción de la acción. También en este supuesto se aplica este artículo, con la consecuencia de que no podrá ejercitarse la acción de anulación en base al error» [Principios UNIDROIT (2004), pp. 107-108].

¹⁴¹ En su propuesta de reforma del Código civil y a propósito de la línea jurisprudencial que admite la compatibilidad entre las normas de los vicios ocultos y las del error vicio, PANTALEÓN hace esta consideración: «Jurisprudencia ésta que, dicho sea de paso, induce a predicar la incorporación a nuestro Código Civil de un precepto tan razonable como el que prevé el artículo 3.7 PCCI [se refiere a los Principios UNIDROIT]: (...). Con acierto no se prevé lo mismo para la anulación por dolo (art. 3.8 PCCI) [Principios UNIDROIT]» [ADC (1993), p. 1725].

¹⁴² Artículo 6:108 PECL: «Quality of Performance/ If the contract does not specify the quality, a party must tender performance of at least average quality». Según el artícu-

o, si una de las partes prometió como cierto un hecho relativo al cumplimiento (art. 6:101 PECL, *Statements giving rise to Contractual Obligations*; *supra* [60] [ii]). En estos supuestos –continúa el Comentario (único) del art. 4:119 PECL– no parece haber buenas razones para evitar que la parte perjudicada pueda elegir qué conjunto de remedios ejercitar. Normalmente, los remedios por incumplimiento le ofrecen una más completa reparación, pero, es posible que la parte perjudicada pueda considerar más sencillo ejercitar los remedios del Capítulo 4 de los PECL (Validez; por ejemplo, anular el contrato con fundamento en el error). Finalmente se indica, que la parte perjudicada puede elegir los remedios que sean compatibles. Y así, por ejemplo, no se puede anular el contrato y reclamar indemnización de daños por incumplimiento (art. 8:102 PECL)¹⁴³.

[63] Como he indicado, la *Propuesta civil* no ofrece una respuesta expresa para los casos en que, por el supuesto de hecho, puede haber concurrencia entre los remedios del error, del dolo y los del incumplimiento. Lo cual sorprende, si se tiene en cuenta que los Principios UNIDROIT (art. 3.7) y los PECL (art. 4:119) ofrecen una regla expresa y se recuerda la influencia que tales Principios, sobre todo los últimos, han tenido sobre la *Propuesta civil*. Dejando al margen el hecho de que cada uno los citados Principios acoja una solución distinta (la de la prevalencia de unos remedios sobre otros, la de libre elección), también sorprende el silencio de la *Propuesta civil*, si se tiene presente que el problema de la colisión entre el error y el incumplimiento ha sido tratado por nuestros autores a propósito del contrato de compraventa¹⁴⁴. Por todo ello, parece oportuno pen-

lo 5.1.6 Principios UNIDROIT: «(Determinación de la calidad de la prestación)/ Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias». Y, el artículo 1097 PC: «Cuando la calidad de la cosa no resulte del contenido del contrato, el acreedor no podrá exigirla de las superiores ni el deudor entregarla de las inferiores». Cfr. artículo 1167 CC.

¹⁴³ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 285. Sobre el artículo 6:101 PECL, Luis DíEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES señalan: «Convendrá también destacar que en estos momentos, las declaraciones y afirmaciones se examinan para decidir si son fuentes de integración del contrato y si generan obligaciones contractuales. Ello significa que quedan, naturalmente, abiertos los demás remedios o posibilidades de ejercicio de acciones que el ordenamiento pueda conceder, como ocurrirá en todos aquellos casos en que las declaraciones o afirmaciones hayan producido error, supuesta la facilitación de la información inexacta o determinado cualquier otra causa de anulación (p. ej.: dolo o engaño); o quepa el ejercicio de acciones de responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo*» [(2002), p. 275].

¹⁴⁴ Vigente la Ley 23/2003 (hoy arts. 113 ss. TRLGDCU), que incorporaba la Directiva 1999/44, analicé la problemática que plantean los casos en los que concurre el error y la falta de conformidad, teniendo presente la CISG [FENOY (2006) [69] pp. 189-190], los Principios UNIDROIT [*op. cit.* [70]-[75], pp. 190-207] y los PECL [*op. cit.* [76]-[77], pp. 207-212]. Para este concreto supuesto de la no conformidad, señalé que cuando aquéllos concurrían, entendía adecuado que el régimen de la falta de conformidad desplazará al del error [*op. cit.* [78], p. 215; para los argumentos favorables al desplazamiento y los favorables a la admisión de que el consumidor pudiera optar entre el error y la falta de conformidad: *op. cit.* [68], pp. 187-188; [82]-[85], pp. 245-249; [91], pp. 258-264]. La mayoría de los autores españoles ha defendido (con base en distintos textos jurídico), que el comprador (consumidor) puede elegir entre el

sar que la *Propuesta civil* ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación. Y hoy, lo cierto es que en el Ordenamiento español (Código civil y TRLGDCU) parece predominar la solución adoptada por los PECL: el legitimado puede optar entre los remedios que podríamos denominar precontractuales (anulación, *culpa in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento. No parece, por ello, que la *Propuesta civil* vaya a ser entendida conforme a los Principios UNIDROIT, en dónde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente a los del error¹⁴⁵.

6.4 Excurso sobre el sistema de los PECL

[i] Por último, voy a exponer, utilizando como fuente única los Comentarios de los PECL, el sistema que estos Principios dise-

error o la falta de conformidad (compatibilidad) (así: MORALES MORENO [*op. cit.* [86], pp. 250-252], NAVAS NAVARRO [*op. cit.* [87], p. 252], GARCÍA RUBIO [*op. cit.* [88], p. 253], ÁLVAREZ VEGA [*op. cit.* [89], pp. 254-255, y LETE ACHIRICA [*op. cit.* [90], pp. 256-258]. En cuanto al dolo y a la falta de conformidad, cuando sus supuestos de hecho concurren en un caso dado, señalé su compatibilidad en el sentido de que el consumidor podía elegir cuál ejercitar [*op. cit.* (2006) [92]-[98], pp. 264-280, en particular [98] p. 280]. Con posterioridad, *vid.* MARÍN LÓPEZ «Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009), pp. 1476-1478; BASOZABAL ARRUE en la nota siguiente; PANTALEÓN, *supra* nota 141.

¹⁴⁵ Recientemente, BASOZABAL ARRUE [*ADC* (2009), pp. 647-711] analiza la problemática de las obligaciones precontractuales de información. Entre otros casos que plantea, BASOZABAL expone el de la compra de una casa en un barrio residencial, que el comprador quería buscando tranquilidad, pero, en dicho momento, había proyectada una carretera que pasaría cerca, poniendo en peligro dicha tranquilidad. Si lo hubiera sabido, el comprador no hubiera comprado; el vendedor sabía de la carretera proyectada y no informó. A este caso, el autor va aplicando el error, el dolo, los vicios ocultos y el incumplimiento (cumplimiento defectuoso) y plantea el problema de su posible compatibilidad (pp. 656-664, en particular a partir de la p. 661). También presta especial atención a la contratación con consumidores y a las diferentes consecuencias jurídicas que el legislador asocia a las obligaciones de información que impone [en la contratación fuera de establecimiento mercantil: la anulación; en el crédito al consumo: la integración y la nulidad parcial del contrato; en el aprovechamiento por turnos: la anulación y la resolución; en las garantías en la compraventa de bienes de consumo: la reparación, la sustitución, la reducción del precio y la resolución, no siendo pacífica la compatibilidad de estos remedios con los generales del Código civil (pp. 667-674); menciona la regulación de la contratación a distancia y la de viajes combinados, en dónde las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información se solucionan con la aplicación de las reglas generales (p. 673; un extracto de la situación en pp. 673-674). Asimismo, analiza la problemática de las obligaciones de información, las figuras en las que puede encajar y las consecuencias jurídicas de la defectuosa información en los PECL y en el DCFR (pp. 674-682, con mención de los *Acquis Principles* y del *Acquis Group*). Tras todo ello, procede a construir las obligaciones precontractuales de información (pp. 683-702, en particular pp. 699-700; señala, «si no resulta más provechoso, en lugar de preguntar *cuándo nace la obligación de información*, hacerlo *cuándo resulta razonable que la falta de información de uno de los contratantes sea relevante de cara al contrato*», p. 698, cursiva del autor). Establecido el supuesto (cuando la no información es relevante), BASOZABAL plantea cómo proteger al contratante desinformado, qué puede hacer con su contrato (p. 702) y, reflexiona sobre las categorías autónomas del Código civil de la invalidez, del incumplimiento, de los vicios ocultos y de la *culpa in contrahendo* (pp. 702-708). A su entender: «lo más correcto y acorde con nuestro sistema de protección sería que fuese el propio protegido en su falta de información quién decida cuál es el interés que prefiere proteger: (...)» (p. 709; *vid.* pp. 708-711).

ñan a propósito de las declaraciones que se incorporan o que no se incorporan al contrato y, las figuras del error, dolo e incumplimiento. No siempre estas figuras son aplicables al mismo caso. Cuando lo son, ya lo he indicado, los PECL permiten al legitimado la elección de cuál ejercitar (art. 4:119 PECL). Para mayor claridad, voy a examinar por separado los dos supuestos que anteriormente he tratado. Las consideraciones que se encuentran en los Comentarios de los PECL a propósito de cada uno de estos dos supuestos podrían servir de orientación en la interpretación la *Propuesta civil*.

[ii] *Primer supuesto: la imposibilidad originaria.*

a) En el *Comment F* del artículo 4:103 PECL (*Fundamental Mistake as to Facts or Law*) y para el *error común*, puede leerse este ejemplo. Una mujer inglesa, propietaria de una casita de campo en Francia, que no suele alquilarla, acuerda hacerlo con un amigo danés por el plazo de un mes. El arrendamiento comenzará cinco días después. El amigo danés reserva unos billetes, no reembolsables, para volar a Francia. Es entonces cuando se descubre que la villa se destruyó totalmente por un fuego la noche anterior a la celebración del contrato. Este contrato puede ser *anulado por ambas partes*, con las consecuencias de que la renta no se pagará y que el amigo danés no tendrá compensación por el coste de los billetes que han resultado inútiles¹⁴⁶.

b) La solución se puede encauzar de otra manera, si uno de los contratantes *conoce* de la imposibilidad de la prestación antes de la celebración del contrato. En el *Comment G* del artículo 4:103 PECL (*Fundamental Mistake as to Facts or Law*) se señala, que los supuestos de imposibilidad inicial o de no existencia del bien vendido *se tratan igual que otros tipos de error*. En los PECL, cabe la anulación por error. Se reitera, que el contrato *no es nulo por falta de objeto* (art. 4:102 PECL, *supra* [53] [iii]). *Por ello, puede haber casos en los que la venta del objeto inexistente sea válida y el vendedor sea responsable por incumplimiento*, porque el Tribunal entienda que en esas circunstancias el vendedor es la parte que asume dicho riesgo. En la *Illustration 7* se pone el ejemplo que sigue. Se vende una pieza de un equipo usado, localizado en un lugar remoto al que el comprador habrá de ir a recogerla. Antes de acordar la venta, no es factible que el comprador pueda examinar el bien. Cuando el comprador acude a recoger la pieza, descubre que el equipo había sido destruido por un fuego antes de la celebración del contrato. El vendedor debía de haberlo sabido. El vendedor responde por incumplimiento y no puede anular el contrato por error¹⁴⁷.

¹⁴⁶ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 233. En dicho *Comment F* también se indica que en los casos de errores compartidos normalmente no habrá derecho a la reparación de daños, pues el artículo 4:117 PECL (*Damages*) sólo se aplica si una parte sabía o debería haber sabido del error (*op. cit.* p. 233). *Vid.*, también, *Comment D* del artículo 4:117 PECL (*op. cit.* p. 283) y la nota siguiente. El artículo 4:117 se transcribe en nota 149.

¹⁴⁷ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 234. De interés, las afirmaciones de Luis Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES [(2002), p. 223], en el análisis del artículo 4:102 PECL: «La regla de que el contrato celebrado sobre una prestación originariamente imposible no es nulo por esa razón, no significa que la vinculación del deudor a la prestación imposible sea incondicionada. Naturalmente, un contrato celebrado sobre una prestación imposible

[iii] Segundo supuesto: las declaraciones o promesas sobre las cualidades o el uso del bien o servicio, incorporadas al contrato.

a) Si la información dada fue incorrecta o el deudor incumple la promesa (*información y promesa incorporadas al contrato*) son aplicables los remedios por incumplimiento (así se indica en el *Comment C* del art. 6:101 PECL¹⁴⁸; *supra* [60] [ii]).

Pero, además, tal como se señala en el *Comment E* del artículo 6:101 PECL, la falsa representación de una parte *puede dar derecho a anular el contrato con base en el error* (art. 4:103 PECL) o, *exigir indemnización de daños de conformidad con el artículo 4:106 PECL (Incorrect Information)*¹⁴⁹. Si antes de la celebración del con-

puede ser anulado por error cuando éste sea sustancial y cuando, además, sea un error común a las dos partes contratantes, siempre, lógicamente, que concurren los demás requisitos para que el error deba ser considerado como relevante. En este sentido, se puede apuntar la idea de que la máxima *impossibilia nemo tenetur* probablemente funcionó como anticipo de la regulación del error que no se encontraba todavía desarrollada, pues es sabido que este desarrollo sólo se produjo muy tardíamente. Por otra parte, es también claro que el deudor de una prestación imposible pondrá [*sic*] exonerarse, de acuerdo con los preceptos correlativos, del deber de indemnizar daños y perjuicios, pues en el momento del cumplimiento de las prestaciones imposibles, el único remedio de la otra parte, por regla general, será la resolución del contrato».

¹⁴⁸ LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 300.

¹⁴⁹ Artículo 4:106 PECL: «Incorrect Information/ A party which has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117 (2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103, unless the party which gave the information had reason to believe that the information was correct» [*vid. Comment E* del art. 4:106, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 250]. El citado artículo 4:117 PECL dispone: «Damages/ (1) A party which avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 [Time Limits] or 4:114 [Confirmation], it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106./ (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations».

En los Principios UNIDROIT, también se admite en relación con la anulación del contrato, y *para ciertos casos*, el resarcimiento de daños. El artículo 3.18 Principios UNIDROIT dispone: «(Daños y perjuicios)/ Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato». Según el Comentario del 2 de este artículo 3.18: «A diferencia de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, regulados en el Capítulo 7, Sección 4, el resarcimiento contemplado en el presente artículo sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato./ Ejemplo/ “A” vende software a “B” a pesar de que “A” no podía ignorar lo inadecuado de dicho software para el uso al que lo deseaba destinarlo “B”. Independientemente de que “B” decida anular el contrato, “A” debe compensar a “B” los gastos que éste incurrió al capacitar a su personal para el uso del software. No obstante, “A” no es responsable por las pérdidas sufridas por “B” como consecuencia de la imposibilidad de usar el software para los fines que lo deseaba» [Principios UNIDROIT (2004), p. 121]. Según el artículo 3.17 Principios UNIDROIT: «(Efectos retroactivos)/ (1) La anulación tiene efectos retroactivos./ (2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido

trato, el proveedor profesional u, otra persona de la que se responda, ofrece una información incorrecta sobre la cualidad o la utilidad del bien [art. 6:101 (3) PECL], esta información siempre será tratada como parte del contrato. El otro contratante puede elegir qué remedio ejercitar (art. 4:119 PECL, *supra* [62] [ii]; esto es, la anulación por error, la indemnización [responsabilidad precontractual] por la información incorrecta, los remedios por incumplimiento)¹⁵⁰.

b) En el *Comment D* del artículo 4:103 PECL (*Fundamental Mistake as to Fact or Law*) y, a propósito del error inducido por

anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte». De conformidad con el Comentario 1 del artículo 3.17 Principios UNIDROIT: «El párrafo (1) de este artículo establece que la anulación tiene efectos retroactivos. *En otras palabras, se considera que el contrato jamás ha existido.* (...)» Existe, sin embargo, algunas disposiciones del contrato que pueden subsistir aun en caso de anulación de todo el contrato. Las cláusulas de arbitraje, de selección del foro y de la ley aplicable se consideran diferente a las otras disposiciones del contrato, por lo que se puede mantener su validez a pesar de que el contrato sea anulado total o parcialmente. (...)» (*op. cit.*, p. 120). En el *Comment A* del artículo 4:115 PECL: «Avoidance involves setting aside the contract, or the part of it avoided, as if it had not been made. (...)» [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 277; Artículo 4:115 PECL: «Effect of Avoidance/ On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of whatever it has received. If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received».

Para el Derecho español, sobre el dolo incidental, responsabilidad precontractual e indemnización: MORALES MORENO (1993-B), pp. 409-434. Sobre la concurrencia entre la anulación por dolo e indemnización (dolo incidental), opina MORALES MORENO: «(...) se plantea una cuestión: la anulación del contrato, ¿impone limitar la indemnización de los daños a los comprendidos en el denominado interés negativo? Una respuesta positiva, que implique admitir tal limitación, podría intentarse justificar así: anulado el contrato a petición del contratante, éste no puede pretender obtener, al mismo tiempo, en vía indemnizatoria, las ventajas que el propio contrato le debía proporcionar. Pero tal razonamiento no me parece que sea adecuado en caso de dolo; porque la indemnización se justifica, prioritariamente, en la decepción de la confianza provocada con el dolo, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (art. 1258 del código civil). Si el dolo implica un engaño, la indemnización por dolo debe referirse al daño provocado por el engaño./ La existencia del contrato (o, simplemente, de una apariencia de contrato) explica que haya podido surgir la confianza y permite delimitar, por referencia a él, el interés protegible, así como el cauce jurídico para su reparación (acción contractual), pero la indemnización no deriva directamente del contrato. Por ello, su subsistencia no es presupuesto necesario para la indemnización del interés. La declaración de nulidad del contrato, basada en el dolo, no debe excluir la indemnización del interés positivo./ La confianza que se genera, cuya frustración debe ser indemnizada, no es tanto la confianza en la validez cuanto la de poder obtener a través del mismo, la satisfacción de un determinado interés. El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto sea debida al dolo (la expectativa y la frustración), es imputable al contratante doloso, y genera un deber de reparar, en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positivo» (*op. cit.*, pp. 433-434). Además, GARCÍA RUBIO (1991), pp. 164-172, en particular desde la p. 167, pp. 173-184, para el particular caso del contrato concluido por un menor que se hace pasar dolosamente por mayor, pp. 208-214 en particular pp. 213-214, pp. 230-254 en particular a partir de la p. 239. PANTALEÓN, ADC (1991), pp. 1034-1036.

¹⁵⁰ *Comment E* del artículo 6:101 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 300. Pero el apartado (3) del artículo 6:101 PECL no se aplica si el proveedor profesional no sabía o, no debía saber de la información o de la promesa; tampoco se aplican los apartados (2) y (3) del artículo 6:101 PECL, si el proveedor profesional o, las personas de las que responde u otras personas corrigen la información antes de la perfección del contrato de modo claro y accesible para el comprador [*Comment G* del art. 6:101 PECL, *op. cit.*, p. 301]. *Supra* [60] [iii].

una incorrecta información del otro contratante, se explica el sistema global de los PECL en cuanto a la aplicación de los remedios del error, el dolo y el incumplimiento. Se indica que, dependiendo de los hechos del caso, *la parte que sufrió el error, además de poder invocar éste*, puede disponer de otros posibles remedios. En concreto:

b.1) Si la declaración *constituye* una promesa contractual de acuerdo con el artículo 6:101 PECL, dispondrá de *un remedio por incumplimiento*.

b.2) Si la declaración *no constituye* una promesa contractual y la otra parte actuó *fraudulentamente* (dolo), la parte que erró dispone, de acuerdo con el artículo 4:107 PECL (*Fraud*) del remedio *por dolo*.

b.3) Si la otra parte *no actuó fraudulentamente* (dolo) y su declaración *no constituye* una promesa contractual, la parte que erró tiene *derecho a ser indemnizada de los daños de conformidad con el artículo 4:106 PECL (Incorrect Information)*¹⁵¹. Deber de indemnizar *que admite exoneración*, cuando la parte obligada a ello tenía un razonable fundamento para creer que la información suministrada por ella era verdadera.¹⁵²

III. PRECISIÓN FINAL

[64] En la Introducción de este trabajo adelanté que a través de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL y la selección de los oportunos Comentarios explicaba las *Propuestas civil, mercantil y sobre compraventa*, además de emplear, en mi explicación, las obras de algunos autores que de modo particular han defendido la modernización de nuestro Derecho de las obligaciones contractuales. Entiendo que lo que avancé, habrá podido comprobarse. No me he centrado en posibles cuestiones formales de las *Propuestas*, que las habrá, sino en el análisis crítico de las reglas. Y, sobre todo, no me he detenido en el estudio de las reglas consideradas de modo aislado, sino que he intentado deducir y construir la noción de incumplimiento a partir de los textos. La noción de incumplimiento (y, sobre todo, la de qué se incorpora al contrato y cómo ello se realiza) es (son) una(s) de las claves de bóveda de la *Propuesta civil*. La calificación de incumplimiento abre la aplica-

¹⁵¹ Vid. *Comment A* del artículo 4:106 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), p. 248].

¹⁵² Lo dicho en texto en *Comment D* del artículo 4:103 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000), pp. 231-232]. De interés, también, el *Comment K* del artículo 4:103 PECL (p. 235); *Comment A* (p. 248) y *Comment D* (pp. 249-250) del artículo 4:106 PECL; *Comment E* (pp. 253-254), *Comment G* (p. 254) y *Comment H* (p. 254) del artículo 4:107 (Fraud) PECL; *Comment A* (p. 281) y *Comment B* (pp. 281-282), ambos del artículo 4:117 PECL. Todas las citas de LANDO/BEALE (ed.) (2000).

ción de sus remedios y, siendo todos ellos importantes, llamaría especialmente la atención sobre el del cumplimiento (y sus límites) y el de la indemnización de daños (su alcance; también, con carácter previo, sobre las causas de exoneración). Frente a la construcción del incumplimiento que en el Código civil puede reconocerse, la *Propuesta civil* maneja un concepto más amplio de incumplimiento y una exigencia mayor al deudor contractual.

[65] Asumo el evidente riesgo que encierra el empezar con el diseño de las construcciones globales a partir de solo el texto jurídico, el de la equivocación. Pero, es la única manera de avanzar, si se es partidario, como lo soy, de que se reforme y modernice el Derecho de las obligaciones contractuales. El progresivo análisis que los autores vayamos haciendo de las *Propuestas* de reforma de la Comisión General de Codificación¹⁵³, contribuirá a su difusión, entendimiento y perfeccionamiento (indicando si es o no norma oportuna, si proceden ciertos cambios, etc.) y, si se es partidario de la reforma, tal vez pueda lograrse el convencimiento de una mayoría suficiente de juristas y políticos. Otra cosa es la oportunidad, pero esto depende de los agentes políticos. Ahora bien, llamar su atención sobre la necesidad de reforma es algo que, entiendo, no puede soslayarse, si se persigue la consecución de tal objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique: «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 135-192.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC* (2009) pp. 647-711.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *ADC* (2007), pp. 621-848.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Comentario del artículo 1101 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 374-444.
- «Comentario del artículo 1105 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 630-666.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124.

¹⁵³ En *InDret* ya se han publicado distintos trabajos; así, SALVADOR CODERCH, sobre la alteración de las circunstancias del artículo 1213 PC [4/2009, 60 pp.]; MARÍN GARCÍA, sobre la cláusula penal en la *Propuesta civil* [2/2009, 17 pp.].

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2009) (además de la Propuesta publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de enero de 2009, Suplemento, incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de mayo de 2005).
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Ole LANDO/Hugh BEALE (eds.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Cit. LANDO/BEALE (ed.) (2000). Esta obra está traducida al español: *Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Parte I y II, a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España (2003/2007).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas [(1971), ed. fac. (1985)].
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008). Cit. *Fundamentos II*, 6.ª ed. (2008).
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC* (2003), pp. 1565-1574.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M.: *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid (2002).
- EBERS, Martin: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *ADC* (2003), pp. 1575-1608.
- FENOY PICÓN, Nieves: *El sistema de protección del comprador*, Madrid (2006).
- «Comentario a la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 68, mayo-agosto (2005), pp. 509-555.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, reimposición de la edición de Madrid, 1852 [al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza (1974)].
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, ed. Tecnos, Madrid (1991).
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* (3/2007), 49 pp.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Los Principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009), pp. 151-182.

- HONNOLD, John O.: «Comentario del artículo 79 CISG», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid (1987 de la trad. esp.), núms. 423-435, pp. 467-485.
- «Comentario del artículo 80 CISG», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid (1987 de la trad. esp.), núm. 436, p. 486.
- HOWELLS, Geraint/SCHULZE, Reiner: «Overview of the Proposed Consumer Rights Directive», *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells/Reiner Schulze (eds.), Sellier, European Law Publishers (2009), pp. 3-25.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael/PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (2003).
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *Contrato y término esencial. Derecho español y Derecho comparado*, La Ley, Las Rozas (Madrid) (2008).
- INFANTE RUIZ, Francisco/OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009, 58 pp.
- JEREZ DELGADO, Carmen/PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones», *RJUAM* (2009), I, núm. 19, pp. 155-179.
- LANDO, Ole: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, 3/2009, pp. 367-375.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: *nihil novum sub sole?*», *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. M.^a Paz García Rubio, Civitas/Thomson Aranzadi (2009), pp. 493-511.
- LILLEHOLT, Kare: «Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights», *ERPL* (2009/3), pp. 335-343.
- LLÁCER MATAACÁS, Rosa María: «La garantía por falta de conformidad y el incumplimiento no conforme: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, Bosch (2009), Sabadell (Barcelona), pp. 461-474.
- LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentario del artículo 1568 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, tomo XX, vol. 1.^o-B, artículos 1554 a 1582 del Código civil, 3.^a ed., Madrid (1997), pp. 1224-1225.
- «Comentario del artículo 1568 CC», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.^a ed. (1993), pp. 1131-1133.
- MAK, Vanessa: «Review of the Consumer Acquis: Towards Maximun Harmonization?», *ERPL*, vol. 17 (2009/1), pp. 55-73.
- MARCO MOLINA, Juana: «Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección e interpretación del contrato: la aproximación entre el *civil* y el *common law* en las «nuevas leyes» o codificaciones internacionales del contrato», *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. M.^a Paz García Rubio, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009), pp. 589-611.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret* (2/2009), 17 pp.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario del artículo 117 TRLGDCU», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los*

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009), pp. 1472-1482.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, ed. Comares (2004).

— «Los Principios de UNIDROIT y de Derecho Contractual Europeo y la necesaria reforma de la prescripción extintiva en el Derecho contractual español», *Principios de Derecho contractual europeo y Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007*, dirs. M.^a Pilar Ferrer Vanrell/Anselmo Martínez Cañellas (2009), pp. 281-293.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil-Código de comercio?», *Derecho contractual europeo*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009), pp. 509-524.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Madrid (2010). También publicado: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2010).

— «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 193-221.

— «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-A), pp. 17-54.

— «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-B), pp. 55-92.

— «El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-C), pp. 323-348.

— «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», *ADC* (2003-A), pp. 1609-1651.

— «Validez del contrato», *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid (2003-B), pp. 371-397.

— «Comentario del artículo 38 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 312-318.

— «Comentario del artículo 1266 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, Edersa (1993-A), pp. 221-340.

— «Comentarios de los artículos 1269 y 1270 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, Edersa (1993-B), pp. 378-440.

— *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, (1988).

MORÁN BOBIO, David: «Comentario del artículo 7.1.1 Principios UNIDROIT», *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comer-*

- cio Internacional*, coord. David Morán Bobio, 2.ª ed., Thomson/Aranzadi (2003), pp. 323-325.
- PAISANT, Gilles: «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.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario del artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas (1998), pp. 628-634.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993), pp. 1719-1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991), pp. 1019-1091.
- PERALES VISCASILLAS, M.ª Pilar: «Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009-A), pp. 183-207
- «Principios UNIDROIT y PDCE en el arbitraje internacional», *Principios de Derecho contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, dirs. M.ª Pilar Ferrer Vanrell/Anselmo Martínez Cañellas (2009-B), pp. 157-175.
- «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coords. María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil (2008), pp. 453-500.
- *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas, la Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006).
- PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 4/2009 (12 pp.).
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y Cuasicontratos*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona (1986).
- ROTT, Peter/TERRY, Evelyn: «The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules», *ZEuP*, 3/2009, pp. 456-488.
- SALVADOR CODERCH, 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), 60 pp.
- «Comentario del artículo 79 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 635-656.
- «Comentario del artículo 80 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 657-659.
- «Comentario del artículo 1596 CC», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed. (1993), pp. 1206-1207.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Nota crítica al libro “El Arrendamiento de Bienes Muebles”, de Sergio Cámara Lapuente», *ADC* (2008), pp. 1997-2010.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2004).

- SANCHEZ LORENZO, SIXTO: «La interpretación del contrato», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sixto Sánchez Lorenzo, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009), pp. 443-488.
- SOLER PRESAS, Ana: *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Universidad Pontificia Comillas/Aranzadi, Navarra (1998).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2009).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in a part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. By Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (2008).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive, vol. I. Cit. VON BAR/CLIVE (2009) I.
- TWIGG-FLESNER, Christian: «Fit for Purpose? The Proposals on Sales», *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells/Reiner Schulze (eds.), Sellier, European Law Publishers (2009) pp. 147-176.
- UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi/UNIDROIT. Cit. Principios UNIDROIT (2004).
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «PECL in Spain», *ZEUP* (2008/3), pp. 534-548.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión de un jurista americano», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro, Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coords. María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Luelmo/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil, (2008) pp. 429-452.
- *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, ed. Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile (2006).
- «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales», *ADC* (2003) pp. 993-1041.

- ZIMMERMANN, Reinhard: «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas (2005 del original, 2008 de la traducción), pp. 41-86.
- *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press (1996).

La constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Elementos subjetivos¹

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, creó la figura del Patrimonio protegido de las personas con discapacidad (PPD), como masa de bienes inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, aislada del resto del patrimonio personal del mismo, y sujeta a un régimen de administración y supervisión específico. La constitución del PPD, regulada en el art. 3, parte de la consideración de la suficiencia o insuficiencia de capacidad del discapacitado para tal constitución, debiendo entenderse como suficiente la plena capacidad de obrar, dada la naturaleza dispositiva que reviste el acto de constitución. En defecto de tal capacidad, se prevé la constitución por los padres, tutores o curadores, de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por el ordenamiento jurídico. No obstante, los padres, no sólo en cuanto titulares de la patria potestad, sino en cuanto ostenten una autoridad paterna de hecho sobre el discapacitado, mayor de edad, que es incapaz natural, podrán constituir el PPD con bienes del hijo, sin perjuicio del deber de promover la constitución de la tutela. Tanto en este caso, como en el de actuación de los representantes legales, dichas personas quedan sujetas a la obtención de la autorización judicial previa, dada la naturaleza dispositiva del acto de la constitución, lo cual permitirá al MF tomar conocimiento del PPD que se está constituyendo, facilitándose así la supervisión de oficio del mismo. El art. 3 prevé también la legitimación para la constitución del guardador de hecho del discapacitado psíquico, con los bienes que los padres o tutores de éste le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en las que hubiera sido designado beneficiario el discapacitado. Pero tal legitimación no parece viable dado que la puesta en marcha de los mecanismos para la acreditación de la guarda y constitución del PPD, conducen de modo casi inexorable, precisamente, a la extinción de tal guarda y a la constitución de la tutela, resultando así una apo-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Universidad Antonio de Nebrija «Familia y Derecho: un enfoque multidisciplinar».

ría legal, que impide constatar la guarda a los efectos de la constitución, siendo posible, eso sí, que en el seno del procedimiento de incapacitación, el MF o el defensor judicial, en cuanto tutores provisionales o el administrador judicial, si se le atribuyó esa facultad, procedan a la constitución, siempre que concurran las circunstancias de urgencia y excepcionalidad exigibles respectivamente en cada caso. En cuanto a los terceros, la ley no les legitima para la constitución pero pueden instarla siempre que ostenten un interés legítimo, diverso del simple ánimo de liberalidad y que se presume en los parientes en línea recta o colateral hasta el tercer grado inclusive del discapacitado; su cónyuge y aquéllos que lo tienen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento familiar.

PALABRAS CLAVE

Discapacitados, patrimonio protegido, capacidad de obrar suficiente, acto dispositivo, representantes legales, curador, guardador de hecho, promoción de la constitución por terceros con interés legítimo.

ABSTRACT

Law 41/2003 of 18 November created the concept of Disabled Persons' Protected Property (PPD), as a property mass that is immediately and directly linked to meeting the disabled person's essential needs, as distinct from the rest of his/her property, and subject to a specific régime governing its administration and supervision. The creation of PPD is governed by article 3, and the first consideration is whether or not the disabled person has the necessary capacity for this purpose. Sufficient capacity is deemed to be full capacity for performing legal acts, given the dispositive nature of the act of creating PPD. Should the said capacity be lacking, creation of PPD may be delegated to the parents, tutors, or guardians, in accordance with the general mechanisms for the exercise of a person's legal capacity by a proxy, as governed by the relevant legal provisions. However, the parents, not just in their capacity as such, but also in their capacity as holding de facto paternal authority over an adult disabled person who is naturally incapable, may set up PPD with their child's property, without prejudice to the duty to seek the creation of tutorship. Both in this case and in the case of intervention by the legal representatives, the said persons are first required to obtain authorization from the courts, given the dispositive nature of the creation of PPD, which will allow the Public Prosecutor's Office to be informed of the PPD that is being created, and thus enable it to supervise the PPD. Article 3 also provides the legal basis for setting up the de facto custodian for mentally handicapped persons, with such property that the parents or tutors of the said person may have bequeathed him/her, or that the said person may receive as a result of pension funds set up by his/her parents or tutors, where the disabled person has been designated as beneficiary. However the said legal basis would appear not to be viable given that initiating the procedures for proving custody and setting up the PPD lead precisely

and almost inexorably to the termination of the said custody and to the creation of tutorship, and as such is a legal loophole, which prevents custody from being determined for the purpose of setting up PPD, and yet it is possible for the Public Prosecutor's Office or the judicial defence, in their capacity as provisional tutor, or the judicial administrator, where this power has been conferred thereon, to proceed to the creation of the PPD during the incapacitation process, provided that the conditions of urgency and exceptional circumstances are met in each case. With regard to third parties, the law does not provide them with any authority to set up PPD but they may apply for said authority subject to their being able to establish a legitimate interest, other than a simple desire for generosity, and which is presumed in favour of direct-line or collateral family members up to the third degree including the disabled person, his/her spouse, and those who are responsible for the disabled person by way of tutorship or family care.

KEYWORDS

Disabled people, protected property, sufficient legal capacity, dispositive act, legal representatives, guardian, de facto custodian, seeking the creation thereof by third parties with a legitimate interest.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El beneficiario del patrimonio protegido.*—III. *Constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Legitimados para la Constitución:* 1. El propio discapaz con capacidad de obrar suficiente. 2. Los padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente. 3. El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica. 4. La posible legitimación del defensor judicial y del Juez, en el proceso de incapacitación. 5. Constitución a iniciativa de tercero solicitante con interés legítimo: 5.1 El tercero no es constituyente del PPD. 5.2 El tercero ha de ostentar un interés legítimo. 5.3 El tercero ha de ofrecer una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para el fin de la constitución. 5.4 Aceptación y negativa a la constitución del PPD.

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de noviembre de 2003 entró en vigor la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, LPPD), la cual creaba la figura del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad (en adelante, PPD).

Como se señalaba en la Exposición de Motivos «el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, ... la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico...

Beneficiarios [y titulares] de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía...»

Dadas estas afirmaciones de la Exposición de Motivos, cabe preguntarse si, ante el PPD, estamos en presencia de un patrimonio separado o de un patrimonio de destino. La propia Exposición parecería decantarse por esta última alternativa puesto que afirma: «Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». Sin embargo, es característica de los patrimonios de destino la provisionalidad, el carecer transitoriamente de un titular actual, y el que la unidad del conjunto de relaciones jurídicas que lo forman se base en la destinación común al titular futuro, notas que no están presentes en el patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003. Por el contrario, el adscribir la masa patrimonial a un fin especial, que se considera preferente respecto de ciertos bienes, sobre los fines generales a cuya satisfacción sirve el patrimonio personal normal, es lo propio de un patrimonio separado. En éste, por disposición legal, de la totalidad de relaciones que forman el patrimonio de una persona se separa un grupo que queda aislado del patrimonio personal normal, ingresando o saliendo de cada uno (patrimonio personal normal y patrimonio separado) respecto al exterior, los derechos y obligaciones que correspondan al sector que abarquen respectivamente. Si a ello sumamos que puede ser propio de un patrimonio separado el quedar sujeto a un régimen de administración especial, diverso del régimen general a que queda sujeto el patrimonio personal normal², que su composición tiene que quedar perfectamente delimitada (necesidad de hacer inventario), que en él rige la subrogación real y que está abocado a su desaparición una vez que termina la causa que justifica la separación, parecería, en un pri-

² CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español común y foral*. Tomo 1.º Vol. 2.º Reimpresión de la 14.ª edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Reus, S.A. Madrid, 1987, pp. 646 a 660. ALBALADEJO, M. *Derecho Civil I*. 15.ª edición puesta al día de legislación y jurisprudencia. Librería Bosch, S.L. Barcelona, 2002, pp. 506 a 511.

mer momento, que podría concluirse que el PPD es un patrimonio separado. Sin embargo, tal cosa no es tan clara. Se ha objetado (p.e. por Martín Romero, Serrano García³) que el patrimonio protegido queda sujeto a la responsabilidad patrimonial universal del titular, pues en ningún momento resulta de la ley que ese patrimonio se mantenga a salvo de las acciones de los acreedores del titular⁴, y que es propio de un patrimonio separado el tener un régimen especial de responsabilidad, separado del régimen del patrimonio personal. En consecuencia, el PPD no sería un patrimonio separado. Ahora bien, frente a esta objeción podría aducirse que esta nota no es esencial en el patrimonio separado como entiende un importante sector doctrinal (Castán, Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón, De los Mozos, Pereña Vicente). En cambio, para Ferrara si es nota esencial.

Sea, o no, nota esencial de los patrimonios separados la separación de responsabilidades, lo cierto es que ésta no ha sido admitida por la Ley. Prueba de ello son los datos siguientes. Hubo dos enmiendas en el Congreso presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista y por el Grupo Parlamentario Catalán acerca de las responsabilidades de este patrimonio. Decía el GPS: «*Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado*». Y el GPC, que «*El patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio*». Sin embargo, en la sesión de la Comisión con competencia legislativa plena, no se defendió la enmienda por el Diputado Sr. Sánchez Garrido, y por lo que se refiere a la presentada por el GPC, ni siquiera compareció nadie del grupo enmendante, razón por la cual no se incorporó al articulado dicha separación de responsabilidades⁵. Por otro lado, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley de «Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003,

³ Cfr., SERRANO GARCÍA, I. «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre» en: *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Coord.: Teodora TORRES GARCÍA. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid. Valladolid, 2004, pp. 105 y 106.

⁴ Por otro lado, tampoco las deudas nacidas de las obligaciones generadas por el patrimonio protegido gravan exclusivamente el mismo, sino que los acreedores de los créditos nacidos por la satisfacción de las necesidades vitales tienen la posibilidad de accionar, no sólo contra esa masa de bienes protegida, sino también contra los bienes del patrimonio personal normal, como ha señalado SERRANO GARCÍA.

⁵ Cfr., SERRANO GARCÍA, I. «Discapacidad e incapacidad...», *op. cit.*, pp. 105 y 106.

de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad⁶. El Grupo Parlamentario Popular ha propuesto una enmienda de adición al art. 1.1.2.º de la Ley 41/2003 que tendría el siguiente texto: «Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Existe separación de responsabilidad entre las obligaciones derivadas del patrimonio personal y las del patrimonio protegido que incluya dichos bienes y derechos»⁷. El hecho de que se esté postulando actualmente tal enmienda, muestra que la Ley no acogió tal separación de responsabilidades.

Retomando la cuestión de la naturaleza del PPD, hemos de hacer notar que Martínez Díe coincide en señalar que el patrimonio protegido no es un patrimonio de destino pero por razones diversas de las apuntadas. Para este autor «un patrimonio o masa patrimonial sólo puede considerarse de destino si queda vinculado y afecto *con vocación de perpetuidad* a la consecución de un determinado fin». Sin embargo, esta característica no se daría en la figura que nos ocupa, en la que la masa patrimonial estaría sujeta a un período de caducidad indeterminado pero cierto: la vida de la persona con discapacidad (mientras no perdiese la condición de discapacitado o se produjese la decisión que resuelva su extinción a instancia del Ministerio Fiscal. Art. 6.1 y 7.1 de la LPPD)⁸. En cambio, Serrano García, que coincide con Martínez Díe en la determinación de lo que es un patrimonio de destino, sí que considera que el PPD puede calificarse de tal⁹. Lo mismo entiende Entrena Palomero¹⁰.

Por su parte, Díaz Alabart da las siguientes razones para entender que estamos en presencia de un patrimonio autónomo (o separado, o especial): Su creación está prevista por la ley (la creación de patrimonios autónomos está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad); una vez creado, existe una neta separación jurídica entre el patrimonio personal y el patrimonio protegido [que no llega a la separación de responsabilidades]; constituido el patrimonio protegi-

⁶ BOCG. VIII Legislatura. Serie A, 24 noviembre 2006, n.º 113-1.

⁷ Enmienda 9. BOCG. VIII Legislatura. Serie A, 29 octubre 2007, n.º 113-32.

⁸ MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVIEL, J. M. T. II. Bosch, S.A, pp. 159 y 160.

⁹ SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. 1.ª Edición. Iustel. Madrid, 2008, pp. 378 y 379.

¹⁰ ENTRENA PALOMERO, Blanca. *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*. En: «Los derechos de las personas con discapacidad». Coord.: José Luis Terreros. CGPJ. Madrid, 2007, p. 993.

do e identificados los bienes que pertenecen al mismo, cuando uno de ellos sale de éste, el bien que le sustituye se coloca en la misma situación jurídica que el bien anterior, pasando a formar parte del patrimonio autónomo y no del personal (mecanismo de la subrogación real¹¹); con independencia de quien administre el patrimonio personal del discapacitado (éste si tiene capacidad suficiente o sus representantes legales, si no), se designará un administrador para el patrimonio protegido; el patrimonio protegido es responsable de las deudas procedentes del mismo, sin que ello implique que no pueda hacerlo de las que procedan del patrimonio personal del discapacitado cuando éste sea insuficiente para ello^{12 13}.

Finalmente, en contraposición a las posiciones expuestas a favor de la consideración del PPD como patrimonio separado, dice Herbosa Martínez que, a pesar de la terminología tan explícita, no parece que esta masa de bienes especialmente protegida que contempla la Ley 41/2003 se pueda incluir dentro de la figura tradicional del *patrimonio*. Además de faltar la nota, para ella esencial, de poseer un ámbito de responsabilidad autónoma, la existencia de un patrimonio separado implicaría la posibilidad de establecer relaciones jurídicas entre éste y el patrimonio general e implicaría también la no existencia de confusión, ni consolidación, etc. Pero ninguna de estas figuras jurídicas está presente en el caso que ahora nos ocupa. Se trata simplemente de una masa de bienes sujetos a un régimen especial de gestión y al que se le otorgan determinados beneficios de orden fiscal en razón de la protección que se pretende otorgar a las personas que adolecen del grado de discapacidad que la Ley concreta¹⁴.

Expuestos unos y otros argumentos y contraargumentos y sea una u otra la posición acertada, lo que es indudable es la novedad que supone para el Derecho Civil la figura del patrimonio protegi-

¹¹ Consiste en que los bienes que se adquieran a cambio de otros pertenecientes al patrimonio separado, o como consecuencia del ejercicio de un derecho integrado en el mismo, o a causa de la pérdida, daño o privación de bienes de éste, pasan a formar parte de dicho patrimonio separado.

¹² DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 94 a 97. También puede verse esta obra en www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_jurídica/Cap_3/38.htm.

¹³ Como dice SERRANO GARCÍA, «cuando se trate de embargos por deudas que no procedan de la atención de las necesidades vitales, se advertirá enseguida que hay una mención (dice el art. 8 LPPD) en el Registro de la Propiedad de la condición del bien como integrante de un patrimonio protegido, y podrá recabarse del acreedor que señale otros bienes que formen parte del patrimonio personal, y habrá que dirigirse primero contra éstos. Pero si con ellos no hay suficiente para pagar el crédito, podrán resultar afectados también los bienes del patrimonio protegido». (SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, p. 371)

¹⁴ HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1928.

do, al introducir en el mismo el concepto de discapacitado¹⁵. Se ha dicho además, que con la constitución del PPD se abre una vía independiente y alternativa de la incapacitación. Ciertamente, no es preciso estar incapacitado para disfrutar del PPD, aunque en la mayor parte de los casos, tal y como resulta de la interpretación de las reglas de capacidad para la constitución establecidas por la LPPD que propugnamos, será precisa la previa incapacitación para que el representante legal del discapaz psíquico, en su calidad de tal, pueda constituir el PPD. En cuanto a considerar el PPD como alternativa a la incapacitación, entendemos que no es adecuado por los siguientes argumentos. Únicamente la constitución *podría parecer una alternativa* a la incapacitación en el caso de constitución por los padres *durante la minoría de edad de un discapaz psíquico, que llegada la mayor de edad es incapaz natural*¹⁶ y podrá disfrutar de una masa de bienes afecta a la satisfacción de sus necesidades, administrada por la persona que hubiesen designado sus padres (lo más lógico es que sean ellos mismos). Se trata de una situación que, si bien no proporciona la protección plena que supone la incapacitación, sí proporciona el beneficio de que el incapaz natural vea sustraídos los bienes afectos al patrimonio protegido a su libre disponibilidad, asegurándose su vinculación a la satisfacción de sus necesidades y permitiéndose al mismo tiempo, *siempre que ello redunde en beneficio del discapaz*, un sistema de administración y disposición de los mismos más flexible que la tutela¹⁷ ¹⁸. No

¹⁵ MUÑIZ ESPADA, Esther. «Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. González Porras y Méndez González (Coord.). CRPME. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2004, p. 3436.

¹⁶ Según lo que exponemos más adelante, podría parecer que también se constituye el PPD como alternativa de la incapacitación en el caso de que los padres de un discapaz psíquico no lo hayan constituido durante la minoridad del hijo, y llegada la mayoría de edad, continuando la situación de incapacidad natural y ejerciendo ellos una patria potestad de hecho, decidan constituirlo. Sin embargo, la puesta en marcha de los mecanismos para la constitución del PPD (acreditación fehaciente de la situación de patria potestad de hecho, solicitud de autorización judicial...) darán lugar, normalmente, a que el MF incoe el procedimiento de incapacitación. Si no se incoase, según las circunstancias, los padres tendrían o no obligación de promoverlo, Art. 229 CC.

¹⁷ Cfr.: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 83 a 86.

¹⁸ El art. 5.2 LPPD establece que cuando el constituyente del patrimonio no sea el propio beneficiario, las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los art. 271 y 272 CC, o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables. Ahora bien, conforme al art. 5.3, y aquí radica la flexibilidad del sistema de administración del patrimonio protegido respecto de la administración por el tutor, es posible que los constituyentes o el administrador insten al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en ciertos

obstante, esta solución que podrían arbitrar los padres tampoco es el estatuto más deseable para el discapaz pues en ningún modo ofrece el PPD al discapaz la protección que podría otorgarle la patria potestad prorrogada o la tutela (no hay más que ver que las obligaciones de los padres o del tutor respecto del incapacitado son mucho más amplias y completas que las obligaciones del administrador respecto del discapaz, puesto que aquellos deben *velar por el incapacitado*. (Art. 171.1.º CC en relación con el Art. 154 CC y art. 269 CC) ¹⁹. De ahí que, salvo el caso de familias bien avenidas en que los padres sigan ostentando la patria potestad de hecho, y no resulte necesario tener un representante legal para el patrimonio personal o la realización de actos de contenido personal, lo procedente es que se incoe el procedimiento de incapacitación y la constitución de la correspondiente guarda legal, al llegar el discapaz a la mayor edad si no se hizo durante su minoridad. A ello están obligadas las personas mencionadas en el art. 229 del CC (padres incluidos).

Sería muy de lamentar que recurriendo los progenitores a la constitución del PPD durante la minoridad de su hijo, se desentendieran del mismo al llegar a la mayoría de edad, so pretexto de que ya han constituido un PPD en su favor que cubre sus necesidades vitales y está administrado adecuadamente. Una fría gestión patrimonial llevada a cabo por el administrador del PPD, tal vez un extraño, no se puede entender sustitutiva ni alternativa del cuidado de la persona que proporciona la guarda legal. Por ello entendemos que no debe plantearse en la doctrina ni en la práctica jurídica la constitución del PPD como *alternativa a la incapacitación*, olvidando que el estado conveniente para el discapaz es el que le proporciona la guarda legal (el PPD solo aminora los efectos negativos que pueda tener el hecho de que la persona no esté incapacitada, pero no los suprime). De todo lo cual deben ser ampliamente informados los padres, por Abogados y Notarios, cuando proyecten

supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales del beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Lógicamente esta disposición hay que entenderla en el sentido de que la excepción de autorización puede solicitarse en esas circunstancias, siempre que concurra el presupuesto previo de *exigir el bien del discapaz tal excepción*. De manera que si el MF no apreciase la concurrencia de este presupuesto previo, debería abstenerse de solicitar del Juez la excepción de la autorización. Si el MF tiene particularmente encomendada la protección de menores e incapaces, desde la LPPD hay que entender que también tiene encomendada la protección del discapaz, en todos los asuntos que puedan ventilarse relativos al PPD. El administrador al que se exceptione la necesidad de autorización judicial deberá ser solvente y el juez por aplicación analógica del art. 260 CC podrá exigirle la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma.

¹⁹ Por otro lado, el discapaz puede precisar realizar actos de carácter personal para los que no estaría capacitado él, ni tampoco legitimado el administrador del PPD.

constituir el PPD durante la citada minoridad del discapaz, indicándoles que lo conveniente ahora, para el futuro de su hijo discapacitado, y obligatorio al alcanzar el discapaz la mayor edad, es promover la incapacitación.

El discapacitado no cambia de estado civil mediante la constitución del patrimonio protegido (por ello no tiene acceso al Registro civil como tal, sino únicamente a través de la representación legal) pero hay un cambio en el *status* patrimonial de la persona. «Al crear el PPD la persona pasa a tener una condición jurídica diferente, de modo que a la hora de establecer relaciones jurídicas con ella habrá que ver si estamos en el caso de un bien integrante de una masa patrimonial o de otra diferente, en las que se divide su patrimonio. Por ejemplo, el caso de la «representación legal doble», es decir, cuando sean distintos su representante legal ordinario (padres, tutores o curadores) y el representante especial del PPD, habrá que tener en cuenta, a la hora de celebrar un negocio jurídico, con cual de ellos hay que entenderse»²⁰.

Todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido (art. 5.4 LPPD). Se establece así una afección o vinculación de tales bienes a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, que no puede obtener por sí solo, todos los recursos necesarios para la vida, o al menos, no todos los que le son precisos.

«Si bien la ley establece que el patrimonio protegido tiene por fin satisfacer las necesidades vitales de su titular, no hay inconveniente –dice Marín Calero– en que tenga un fin más concreto dentro de ese fin general, que se adecue mejor a las necesidades del beneficiario o a los deseos del constituyente o aportante. Así, el constituyente podrá crear un patrimonio, por ejemplo, para sufragar una vivienda tutelada o la puesta en marcha de un negocio. Ese fin deberá constar en el acto constitutivo. Si no se expresa ninguno habrá que entender que el fin del patrimonio protegido es el marcado por la Ley. ... En cuanto a los sucesivos aportantes posteriores podrán establecer fines especiales para los bienes que entregan, siempre que no contradigan los propios del patrimonio protegido en cuestión. La finalidad del patrimonio protegido vinculará al órgano de administración.»²¹. Sin embargo, esta posi-

²⁰ HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1927.

²¹ MARÍN CALERO, C. «Comentarios a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapa-

bilidad de que el constituyente o el aportante delimite fines más concretos para el PPD, dentro de los previstos por el legislador, no es beneficiosa para el discapacitado porque complica en demasía la administración, pudiendo encontrarse el administrador con que determinados bienes deben destinarse a subvenir tal o cual necesidad concreta, y que otras muchas quedan sin cubrir porque los bienes existentes sólo pueden dedicarse a lo prefijado por el constituyente o aportante. Asimismo puede darse la circunstancia de que la necesidad que el aportante quiso subvenir con su aportación, la vea cubierta el discapacitado por otras vías (p.e. la aportación tenía por fin adquirir una vivienda, pero él ha heredado de sus padres otra), con lo que ya no tiene sentido dedicar aquellos bienes al fin predeterminado, pero el administrador nada puede hacer para emplearlos de manera diferente porque en su gestión está vinculado por tal finalidad. Discrepamos, pues, de Marín Calero y entendemos que toda aportación queda sujeta al fin genérico estipulado por el legislador, pudiendo sólo los constituyentes o aportantes señalar un fin preferente pero no excluyente del fin general, si las necesidades del discapacitado así lo exigen. Los órganos de supervisión deben velar por que la actuación del administrador se ajuste a dichas finalidades.

Es importante también destacar que, como señala la E de M de la LPPD «la existencia de este patrimonio y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil, o en su caso, de los derechos civiles autonómicos [*sic*]²² relativas a los distintos actos y negocios jurídicos». Esto es, la existencia del PPD es concordante con todo lo relacionado con atribuciones patrimoniales a título gratuito, o sea, con las normas de la donación y la sucesión, a las que en nada altera. De manera que cuando un tercero haga una aportación a un PPD mediante donación, ésta podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa. Lo mismo cabría predicarse respecto de

cidad», en *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados*. Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 2005, pp. 44.

²² Como bien sabe el lector, la Constitución no prevé la existencia de derechos civiles autonómicos, sino la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales, *allí donde existan, al tiempo de promulgarse la Constitución*. Art. 149.1.8.º. *Ello significa que solo un número reducido de territorios de España podrán tener especialidades civiles forales, no pudiendo, por lo tanto, denominarse derecho autonómico a tales especialidades, al no ser común la existencia de especialidades a todas las CCAA. Expuestas así las cosas, el legislador habría cometido un craso error de denominación que podría llevar a las equívocas ideas de que en España es posible un Derecho Civil propio en cada CCAA o que las CCAA con Derecho Civil especial o foral, pueden tener un Derecho Civil propio más allá de los límites que la Constitución previó para la subsistencia del Derecho Civil foral.*

una aportación hecha en testamento: tal aportación no podrá perjudicar las legítimas²³.

²³ La regulación del PPD respeta plenamente el sistema de legítimas del CC. Han sido otras normas contenidas en la misma LPPD (Capítulo II, arts. 9 a 14) las que han alterado sustancialmente tal régimen. Así el artículo 10 de la LPPD ha modificado los arts. 782, 808 y 813 CC, en el sentido de permitir que la sustitución fideicomisaria grave la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado y el art. 822 CC, en el sentido de que las donaciones y legados de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual hecha por su titular a un discapaz legitimario no se computarán para el cálculo de las legítimas, si en el momento del fallecimiento, ambos, donante o testador y discapaz estuvieran conviviendo en ella. El mismo artículo 10 ha establecido que «tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades vitales de sus hijos o descendientes con discapacidad.» Estas normas, en cuanto su mera existencia ya supone un beneficio para el discapacitado o incapacitado y en cuanto limitan los derechos de los legitimarios, deben ser de interpretación restrictiva y favorable al legitimario según aquel adagio que afirma que lo odioso debe restringirse y lo favorable ampliarse. Así, por ejemplo, señala SERRANO GARCÍA que hay que inclinarse por una interpretación restringida de la figura de la sustitución fideicomisaria de modo que cause el menor perjuicio posible a los colegitimarios. Indica que esta sustitución es una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, pero no es un cauce para alterar la intangibilidad cuantitativa. Es una excepción, una salvedad a la regla de que no caben gravámenes sobre la legítima. Pero las excepciones que además implican restricción de derechos (aplazamiento del cobro de la legítima por los colegitimarios) deben de ser de interpretación restrictiva por lo que *no parece que resulte de aplicación el art. 781 CC ni tampoco la forma de residuo. El fiduciario, por lo tanto, no podría disponer ni tampoco distraer la cuarta trebeliánica.*

ANTONIO RIPOLL SOLER entiende que el art. 782 CC, en su nueva redacción, se refiere a un fideicomiso de residuo con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado. La disposición estaría condicionada a la necesidad y sometida a autorización judicial. Dice que esta solución es coherente con la regulación del patrimonio protegido en el que el tercero constituyente determina el destino del remanente cuando decae el mismo. SERRANO GARCÍA, muy acertadamente insiste en que «la posibilidad nueva de los arts. 782, 808 y 813 CC es de interpretación restrictiva, siguiendo en vigor el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima. Hay sólo una excepción por lo que se refiere a la intangibilidad cualitativa: los colegitimarios recibirán su legítima pero *no en el momento del fallecimiento del causante... sino aplazadamente* cuando fallezca o... recupere la capacidad del fiduciario. Cualquier forma que pueda adoptar el fideicomiso de residuo, incluso la posibilidad de enajenarlos justificadamente en caso de necesidad, no son admisibles, porque aceptarlas equivaldría a desheredar a los colegitimarios.»

Por lo tanto, concluimos nosotros, habría que entender que no es posible constituir testamentariamente un PPD (por ejemplo, por uno de los padres, con bienes privativos suyos) atribuyendo los bienes al discapacitado judicialmente incapacitado en calidad de heredero fiduciario y gravando su institución de heredero fiduciario la legítima estricta de sus hermanos, porque el único medio de hacer compatible dicha institución como heredero fiduciario con la posterior vida del PPD, sería por la vía de crear una sustitución fideicomisaria de residuo, y ya hemos dicho, que esta posibilidad estaría vetada para no desheredar a los colegitimarios.

En cuanto al objeto de la sustitución fideicomisaria, según LEÑA, la ley permite que el tercio de legítima estricta pueda ser gravado en su totalidad o en parte, ya que la norma (art. 808 CC) dice, literalmente, «sobre el tercio de legítima estricta». Para que sólo grave la legítima de los colegitimarios del fiduciario será preciso que lo haya señalado expresamente el testador en el testamento. De lo contrario, el fideicomiso gravará el tercio íntegro, incluida la cuota legitimaria del fiduciario incapacitado judicialmente. Como dice MANUEL ESPEJO, el legislador habría autorizado que los demás legitimarios no perciban su legítima de modo inmediato a la muerte del causante, a cambio de poder recibir más bienes en el futuro.

Pero dice SERRANO GARCÍA, con gran acierto, que estamos ante una excepción a las reglas generales en materia de legítima, pero sólo *en el aspecto cualitativo*, no *en el cuantitativo*. Por lo tanto, la porción legitimaria del descendiente incapacitado debe ser recibida

II. EL BENEFICIARIO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

De acuerdo con el art. 2.1 de la Ley «el PPD tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.» Dicha persona es el discapacitado²⁴. Señala la Exposición de Motivos de la Ley que «beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad *afectadas por unos determinados grados de minusvalía*, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 CC y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas». Los grados de minusvalía de que habla la E de M son concretados en el art. 2.2 de la Ley en, al menos, un 33 % de minusvalía psíquica o un 65 % de minusvalía física o sensorial. De acuerdo con el art. 2.3 «el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por *resolución judicial firme*». De lo expuesto, se desprende:

1. Que los conceptos de discapacitado e incapacitado judicialmente no son coincidentes. No todo discapacitado presenta una imposibilidad de autogobierno que justifique su incapacitación, si bien sí que podrá afirmarse que todo incapacitado judicialmente y sometido a tutela tendrá la consideración de discapacitado psíquico, pues padecerá una minusvalía psíquica de al menos un 33 %, *aunque no le haya sido reconocida administrativamente*. Como el grado de minusvalía puede acreditarse mediante resolu-

por éste libre de gravamen, en pleno dominio. No es preciso para que se produzca este efecto que lo prevea el testamento, aunque dadas las diferencias de opinión, sí conveniente. A la opinión de MANUEL ESPEJO responde diciendo que cabría preguntarse lo siguiente «¿si el incapacitado fiduciario tiene hijos, éstos se verían privados de la porción legítimaria de su padre, por el establecimiento de una sustitución fideicomisaria que beneficiaría, en su perjuicio, a sus tíos o primos?». Este resultado no parece aceptable.

Respecto de esta nueva normativa en materia de sustitución fideicomisaria ha dicho SERRANO GARCÍA que la intención final del legislador puede ser otra muy diferente que nada tiene que ver con la discapacidad y que tiene relación con la opinión que considera que hay que modificar el ordenamiento civil en orden a la supresión de las legítimas. (SERRANO GARCÍA, Ignacio. *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 433 y ss.).

²⁴ El número de discapacitados en España, según la Encuesta realizada por el INE con la colaboración del IMSERSO y de la Fundación ONCE en 1999, asciende a 2.285.000 personas. Según dicha encuesta, «la primera causa de discapacidad se refiere a las deficiencias osteoarticulares (más de la cuarta parte de las discapacidades registradas). La siguen en importancia las deficiencias visuales y auditivas (alrededor del 18 % de las discapacidades registradas) Y vienen a continuación las mentales (alrededor del 11 %). El grupo de personas con discapacidad para alguna de las actividades de la vida diaria suma algo más de 2.285.000 personas» (SERRANO GARCÍA, I. «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre», en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Coord.: Teodora Torres García. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid. Valladolid, 2004, pp. 96 y 97).

ción judicial firme (en este caso, la sentencia de incapacitación), la conclusión que puede extraerse, es que cabe constituir un PPD en beneficio de un sujeto a tutela, que no tiene certificación administrativa de minusvalía, aunque la Ley no lo afirme directamente²⁵. Discrepamos así de la posición de Gallego Domínguez, quien interpreta, ajustándose en exceso a la letra de la ley, el término «únicamente» del art. 2.2, sin relacionarlo con el art. 2.3, entendiendo que beneficiario es sólo el discapacitado *con certificado de minusvalía*, si bien propugna, de *lege ferenda*, una reforma, para que se entienda que es beneficiario también el simplemente incapacitado judicialmente²⁶. En la línea expuesta anteriormente, Seda Hermosín²⁷.

En el caso de que el incapacitado esté sujeto a curatela, como la minusvalía que motivó la constitución de ésta pudo ser inferior a un 33 %, no podrá considerársele automáticamente como discapacitado psíquico sino que será preciso acreditar por medio de la correspondiente resolución administrativa, ante el Notario o ante el Juez que constituya el PPD, que se padece la minusvalía psíquica de un 33 %. Si bien podría ocurrir que el propio Juez constituyente de la curatela determinase el grado de minusvalía sin tener que acudir a la Administración²⁸.

El hecho de que un incapacitado esté sujeto a tutela o a curatela no impide que se constituya un PPD en su beneficio. «Si el incapacitado precisaba de un representante legal, pueden coexistir [si se designa administrador del PPD a persona distinta de quien ostenta la guarda legal del discapacitado: *padre o tutor*] dos: uno encargado de la esfera personal y el patrimonio general del discapacitado (tutor o padre), y otro (el administrador) encargado exclusivamente del PPD. Ello no choca con las reglas de la tutela, sino todo lo contrario, puesto que presenta algunas concomitancias con la tutela dual del art. 236.1.º CC y con la disposición de bienes, a título gratuito, a favor de incapaces, en los términos establecidos por el 227 CC, a tenor de los cuales el disponente puede establecer las reglas de

²⁵ Sin embargo, la Ley del IRPF sí que establece una equiparación de la incapacitación judicial con una minusvalía igual o superior al 65 %.

²⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Dirigido por José Pérez de Vargas Muñoz. La Ley. 1.ª Edición, Madrid, 2006, pp. 126 a 128.

²⁷ SEDA HERMOSÍN, M. A. «Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*. Cuadernos de Derecho Judicial XX – 2005. CGPJ. Madrid, 2006, p. 131.

²⁸ Cfr.: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 88 a 90.

administración de dichos bienes y designar las personas que hayan de ejercerla.»²⁹.

En definitiva, están incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley los discapacitados físicos que pueden gobernarse por sí mismos (hemipléjico, tetrapléjico etc.); discapacitados que sin poder gobernarse por sí mismos no han sido incapacitados, bien porque por su menor edad están sujetos a la patria potestad, o bien porque siendo mayores están sujetos a [patria potestad de hecho o] guarda de hecho; los incapacitados judicialmente y sujetos a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada; los incapacitados judicialmente y sujetos a curatela, que acreditan uno de los grados de discapacidad fijados por la ley; mayores que sufren una discapacidad física o sensorial superior al 65%, aquejados de alguna enfermedad que pueda determinar una discapacidad psíquica en el futuro y mayores aquejados de una patología degenerativa que ya supere el 33% de minusvalía psíquica. (Estas personas o sus representantes legales, a la hora de constituir el PPD, pueden establecer reglas especiales de designación y desarrollo de la administración para el caso de incapacidad del beneficiario, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Art. 5.1 LPPD y art. 1732.2 CC por analogía)³⁰. Quedarían al margen de la Ley aquellas personas que sufren alguna dolencia de carácter degenerativo o progresivo pero que no implica la existencia de una discapacidad tal como es entendida por el art. 2.2 LPPD. Estas personas podrían recurrir a una constitución del PPD sujeta a la condición suspensiva de devenir discapaces con arreglo al art. 2.2 Ley o incapacitados judicialmente y sometidos a tutela o bien amparada en el art. 223.2.º CC³¹.

2. Podría ocurrir que el minusválido presentase un cuadro de discapacidad tal que no alcanzase los mínimos previstos respectivamente en la norma (un 33 % de discapacidad psíquica o un 65% de discapacidad física o sensorial), pero que superase en total entre una y otra el mínimo numérico exigido. (Por ejemplo, presenta una discapacidad psíquica de un 10 % y una física de un 55 %). Tales casos caen fuera del ámbito de aplicación de la Ley 41/2003, pues ya hemos visto que su E de M afirma que beneficiarios de este PPD

²⁹ DÍAZ ALABART, S. «La protección jurídica...», *op. cit.*, pp. 102.

³⁰ También tendría esta posibilidad todo discapacitado que tema perder en el futuro sus facultades de autogobierno.

³¹ *Cfr.*: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 88 a 90. DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004.

pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad *afectadas por unos determinados grados de minusvalía*³². Entender otra cosa, podría dar lugar a situaciones absurdas. Así admitir la constitución a favor del minusválido de nuestro ejemplo, y no hacerlo a favor de otro que puede estar en peores condiciones de autogobierno y por lo tanto, en peores condiciones de subvenir a sus necesidades vitales (minusválido con discapacidad psíquica de un 29 % y física de un 30 %)

3. Cabe acreditar la minusvalía mediante certificación administrativa de la resolución recaída en procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía regulado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre y mediante resolución judicial firme. Ésta puede ser, en el orden civil, la sentencia de incapacitación; en el orden social, la sentencia judicial que fija el grado de minusvalía cuando se recurre la resolución del órgano evaluador o incluso la negativa de la Administración a conceder el correspondiente certificado de discapacidad, y el Juez estima dicho recurso. Excepcionalmente, también podrían presentarse otras sentencias que, sin ser necesario, han concretado el grado de discapacidad que ostenta una persona. Así en supuestos en los que se resuelvan «accidentes en los que la víctima haya sufrido daños personales, por ejemplo, en el ámbito laboral (accidente que provoca una determinada discapacidad para el trabajador y se fija el alcance de ésta), o en el orden civil (por ejemplo, en caso de accidente de tráfico, en el que resultan graves lesiones para la víctima y en la sentencia, el Juez determina el grado de discapacidad sufrido por ésta), o incluso penal (si el hecho que origina la discapacidad de la víctima es constitutivo de delito o falta y se fija el alcance resultante de dicha minusvalía en la sentencia).»³³.

Si aportándose certificación administrativa de discapacidad, a juicio del Fedatario, el discapacitado presenta una capacidad de obrar superior a la que acredita documentalmente (por ejemplo, porque la certificación es antigua y el discapacitado ha recuperado buena parte de su capacidad), el Notario tiene derecho a pedir que se revise la situación, y que se emita en su caso, una nueva certificación administrativa acreditativa del grado de discapacidad actual³⁴.

³² DÍAZ ALABART, S. *Op. cit.*, p. 105.

³³ DÍAZ ALABART, S., *Op. cit.*, p. 106. GARCÍA PÉREZ, R. M. «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: SÁNCHEZ CALERO. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 128.

³⁴ SEDA HERMOSÍN, M. A. «Protección por terceros: Constitución del patrimonio separado...», *op. cit.*, pp. 131 y 132.

Finalmente, la doctrina se cuestiona si los bienes que integran el PPD pueden ser utilizados para que el beneficiario, casado y/o con hijos satisfaga obligaciones económicas respecto de parientes (obligaciones de alimentos). Sería posible que el discapacitado no tuviera patrimonio personal al margen del PPD o que aquél fuera insuficiente. En estos supuestos cabe considerar que forma parte de las necesidades vitales del discapacitado cumplir un imperativo legal respecto de sus parientes, vía por la que éstos podrán ser indirectamente beneficiarios del PPD.

III. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LEGITIMADOS PARA LA CONSTITUCIÓN

1. EL PROPIO DISCAPAZ CON CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE

La Ley atribuye la legitimación para constituir el PPD, en primer término, al propio discapaz que tiene capacidad de obrar suficiente, lo que nos obliga a dilucidar que ha de entenderse por tal.

Por las razones que exponemos a continuación, por capacidad de obrar suficiente ha de entenderse, en principio, la plena capacidad de obrar.

Como señala Díaz Alabart, el discapacitado que constituya por sí solo un PPD ha de poder otorgar un documento público (art. 3.3 LPPD). Ahora bien, forma parte del contenido mínimo de dicho documento público el establecimiento de unas reglas de administración (administración, que según la E de M, párrafo IV, ha de entenderse en sentido amplio, comprensiva de los actos de disposición) y la designación directa o la fijación del procedimiento para la designación de administrador. Si el discapacitado se autodesigna administrador, ha de tener capacidad para disponer de los bienes que integran el PPD³⁵. Si designa a un tercero administrador, y no limita sus facultades representativas, por un lado, éste las tendrá plenas (art. 5.7) y por otro lado, la situación es análoga al nombramiento de un mandatario, para lo cual el mandante ha de tener la capacidad de realizar los actos que encomienda al mandatario, lo que nos conduce de nuevo a la necesidad de que el discapacitado tenga capacidad para disponer. Como señala RIVERA ÁLVAREZ

³⁵ Cfr.: DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, op. cit, pp. 112 a 114.

«siendo tradicional la posición de quienes entienden que para que un negocio jurídico de apoderamiento o de gestión representativa quede válidamente constituido es preciso que el poderdante, tenga capacidad de obrar, tanto para realizar el negocio jurídico de apoderamiento como el negocio principal encomendado, si el discapacitado constituyente encomienda a tercero la administración será necesario que cuando lo haga tenga plena capacidad de obrar, pues plenas facultades representativas (art. 5.7) serán las que tenga el administrador, si no se limita el objeto y extensión de la administración conferida (art. 5.1)»³⁶.

No sería acertada, pues, la posición de los que al entender que la constitución del PPD por el propio beneficiario, con bienes de su patrimonio personal, es un acto de administración (un acto de afección de un conjunto de bienes y derechos a una finalidad concreta y a un régimen de administración particular), y no de enajenación, consideran que para constituir el PPD basta la capacidad para administrar los propios bienes (Herbosa Martínez)³⁷. Ciertamente no puede decirse que la constitución del PPD sea un acto de enajenación, ya que los bienes no cambian de titular si son aportados por el propio discapacitado, pero confiriendo a un tercero el poder de disponer de los bienes integrados en el PPD, o *reservándose* para sí mismo, es evidente que el discapacitado no puede conferir ni reservarse lo que no tiene, razón por la cual hay que entender que debe ostentar capacidad para disponer. En el caso de que la constitución por el discapacitado se hiciese con bienes aportados por terceros (aportación simultánea a la constitución), dice Herbosa Martínez que estamos en presencia de un acto mixto de aceptación y constitución. En este caso, por las razones expuestas, tampoco bastaría ostentar la capacidad para aceptar donaciones^{38 39}.

Por lo tanto, requiriendo el constituyente plena capacidad dispositiva, ésta sólo es ostentada por quien disfruta de la plena capacidad de obrar, lo que significa que el beneficiario constitu-

³⁶ RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, pp. 90 y 91.

³⁷ HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1934, nota 18.

³⁸ Cfr.: LÓPEZ BURNIOL, J. J. «Protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 2005, p. 21

³⁹ Al donatario, para celebrar el contrato de donación, le basta tener capacidad natural. No se le exige la capacidad general para contratar. Esto se desprende del Art. 1263, 626 a contrario sensu y del art. 625 CC. De modo que un menor no emancipado o un incapacitado puede ser donatario. Este criterio se basa en que la donación pura no puede perjudicar al que la recibe.

yente ha de ser, en principio, mayor de edad y no estar incapacitado por alguna de las causas del art. 200 CC (Díaz Alabart y García Pérez)^{40 41 42}.

Ahora bien, para la validez del acto de constitución es preciso que el sujeto conste de capacidad natural, esto es, del entendimiento y voluntad necesarios para la realización del acto, con lo que a través de la expresión capacidad de obrar suficiente se quiere resaltar también que la persona debe gozar de capacidad natural. Ésta debe ser apreciada por el Notario (dado que la constitución exige el otorgamiento de documento público), de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Notarial.

De lo dicho se desprende que puede constituir el PPD por sí mismo, el discapacitado mayor de edad y no incapacitado, con minusvalía física o sensorial superior al 65 %, que puede gobernarse por sí mismo (que puede tener el interés de constituir el PPD para que terceros realicen en el futuro nuevas aportaciones a favor del mismo, como señala Marín Calero).

La duda surge en torno al discapacitado mayor de edad, no incapacitado, con minusvalía psíquica en grado igual o superior al 33 %. ¿Puede apreciarse en él capacidad natural adecuada para realizar el acto?

Amunátegui Rodríguez sostiene que no es posible apreciar la presencia de capacidad natural suficiente en disminuidos psíquicos.

⁴⁰ Cfr.: DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 112 a 114. GARCÍA PÉREZ, R. M. «Tutelaridad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 137 a 139.

⁴¹ Aunque el artículo 200 CC hable de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, hay que tener presente como dice SERRANO GARCÍA, que en la incapacitación el aspecto físico no es de ninguna manera el verdaderamente relevante. «Lo verdaderamente determinante para que se pueda declarar incapaz a una persona es su enfermedad o deficiencia psíquica. La física tiene importancia en cuanto que repercute en su psique. Si no existe tal repercusión, la enfermedad o deficiencia física tiene importancia para el reconocimiento de ser persona con discapacidad, pero no para su incapacitación. Los conceptos clave son afectación persistente psíquica que impide el autogobierno». [«La persistencia no supone afectación continua. Hay varias sentencias del TS sobre personas con afectaciones de carácter cíclico, que tienen, consecuentemente, intervalos de lucidez, no obstante los cuales se les incapacita, unas veces totalmente y otras parcialmente»] (SERRANO GARCÍA, I. *Discapacidad e incapacitación en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre...*, *op. cit.*, p. 104. Sin embargo, como apunta MARTÍNEZ DÍE, pueden darse situaciones de disminución meramente física, pero que operan de forma que no es posible llegar a saber lo que quiere y entiende el discapacitado. En este caso, también procedería la incapacitación, siempre revisable.

⁴² El desarrollo que hacemos en estas páginas del término «capacidad de obrar suficiente» no prejuzga cuestiones como cuál es el estado civil de una persona incapaz naturalmente pero no incapacitada judicialmente, o si la sentencia de incapacitación es declarativa o constitutiva, o cuál es el tratamiento jurídico a realizar de los actos efectuados por el incapaz natural antes de la constatación oficial de su incapacitación. No nos adscribimos necesariamente a la orientación jurídica-formalista en torno a la capacidad e incapacidad de obrar. El estudio de tales cuestiones sobrepasa los límites de nuestro trabajo.

cos, pues será difícil que un discapacitado con una minusvalía psíquica igual o superior a la predeterminada por la ley, pueda tener capacidad para realizar actos de disposición, categoría en la que se entraría con la constitución de un PPD, al [poder] ser el propio sujeto el administrador del mismo, y quien fija las reglas de administración, no necesitándose especiales autorizaciones. *Cfr.*: art. 5.1 y 5.2 LPPD⁴³.

En nuestra opinión para responder a la cuestión hay que partir de que la discapacidad psíquica puede venir dada, fundamentalmente, por un retraso mental o un trastorno mental. El Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía define el retraso mental como «capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria». En concordancia con la Clasificación Internacional de Enfermedades, 10.^a revisión (CIE – 10), de la OMS, versión multiaxial, 1996, la norma distingue la deficiencia mental del siguiente modo:

– **Capacidad intelectual límite. CI (Cociente intelectual) = 70 - 80. Da lugar a una discapacidad valorable entre un 15 % y un 29 %.** (Hay que tener en cuenta que la valoración de la deficiencia que se padece se hace sobre la base de los efectos que tal deficiencia tiene sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria. Al porcentaje de discapacidad resultante de la aplicación del baremo contenido en el Anexo 1.A del Real Decreto citado, se le suma el porcentaje que se deduzca de aplicar el baremo de factores sociales (circunstancias personales y sociales que –se dice– pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo, agravando la situación de desventaja originada por la propia discapacidad). (Anexo 1.B). La suma resultante determinará el grado de minusvalía que padece el sujeto. El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales no podrá ser inferior al 25 %.). La persona con capacidad límite puede conseguir el graduado escolar o equivalente con apoyo pedagógico. Tiene capacidad para acceder a los contenidos propios de la Formación Profesional Especial Adaptada.

⁴³ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 91 a 93.

– **Retraso mental leve. CI = 51 – 69. Da lugar a una discapacidad valorable entre 30 % y 59 %.** La persona tiene una edad mental de entre 9 y 12 años, pudiendo alcanzar habilidades académicas hasta un nivel de 6.º de EGB, mostrando un retraso de dos o tres años. Constituye la deficiencia mental más frecuente, del orden del 85 %⁴⁴.

– **Retraso mental moderado. CI = 35 – 50. Da lugar a una discapacidad valorable entre un 60 y un 75 %.** La edad mental de la persona es de entre 6 y 9 años.

– **Retraso mental grave y /o profundo. CI = 34 a 20. Da lugar a una discapacidad valorable en un 76 %.** La edad mental de la persona es de entre 3 y 6 años.

Como han señalado los especialistas «en la deficiencia mental se puede apreciar enlentecimiento y detención del desarrollo en todas o en parte de las áreas funcionales: cognitiva, afectiva, conativa [referida al empeño y esfuerzo en la ejecución de algo], psicomotora, sensorial, autonómica, relacional, etc. *Desde el punto de vista cognitivo existe pobreza de representaciones, juicio y conceptos, orientación a lo concreto, distraibilidad y aprosépia. La comprensión es demasiado elemental y superficial. El déficit cognitivo se pone a prueba en el contexto situacional e interpersonal donde la información es procesada con lentitud y deficiencia en la comprensión, elaboración y comunicación del pensamiento. ... La voluntad se muestra lábil [poco estable o poco firme en sus resoluciones], fácilmente vulnerable ante el menor obstáculo... [Hay] dificultad en la capacidad autonómica y relacional...*»⁴⁵. También se aprecia déficit de juicio crítico ya que puede entender pero no comprender, evaluar. Ese déficit de juicio crítico se traduce en credulidad, sugestibilidad, y maleabilidad⁴⁶. Por otro lado hay que tener en cuenta que *las personas con deficiencia mental pueden presentar cualquier tipo de trastorno mental. La patología psiquiátrica es dos a cuatro veces mayor entre las personas con deficiencia intelectual en relación con la observada en la población general*⁴⁷ y «*un trastorno asociado a la deficiencia mental reduce aún más la capacidad cognitiva*»⁴⁸. Dadas estas premisas la pregunta es si el deficiente mental tiene capacidad para consentir el negocio

⁴⁴ MARTÍN MARTÍN, J. *Valoración médico legal de la minusvalía por deficiencia mental*. Tesis Doctorales Universidad de Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 73 a 77.

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 85.

jurídico de constitución, en el que deberá no sólo hacer una selección de los bienes de su patrimonio personal que integra en el PPD (o aceptar las aportaciones simultáneas de terceros) sino determinar las reglas de administración, y por lo tanto de disposición, de tales bienes, así como incluir el procedimiento de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración. Hay que tener presente que el deficiente mental debe comprender de manera razonable la naturaleza del acto que está llevando a cabo y sus consecuencias, lo que implica, por ejemplo, saber valorar la cantidad y calidad de sus propiedades, saber dictar reglas (lo que parece difícil dada su orientación a lo concreto y su pobreza de representaciones).

En opinión de Martín Martín el deficiente mental carece de capacidad para comprender y consentir actos de naturaleza contractual y entiende que debe ser protegido debido a su credulidad y fácil sugestibilidad; razón por la que son engañados, estafados y robados con promesas de grandes negocios y ganancias fabulosas. «Aceptan sin dudar, la honestidad del ofrecimiento; todo lo consideran factible, sin sospechar el engaño. Si poseen fortuna, pueden ser despojados, mediante el engaño de amistad... hasta con promesas de matrimonio⁴⁹. Es cierto que el control notarial y la naturaleza del acto, en principio beneficiosa para el discapaz, evitaría estas negativas consecuencias más propias de contratos bilaterales privados, pero con todo, teniendo presente que un menor de edad emancipado requiere un complemento de su capacidad para realizar actos de carácter dispositivo sobre determinados bienes (art. 323 CC) una persona con edad mental de 12 años, en el mejor de los casos, *no puede verificar por sí sola la constitución de un PPD*.

En cuanto a las personas «límites» si bien el grado máximo de discapacidad que pueden alcanzar es del 29 %, hay que tener presente que podría sumarse a dicha cifra hasta 15 puntos más, derivados de la apreciación de factores sociales, lo que puede dar por resultado cotas de minusvalía de hasta un 44 %. Por lo tanto, en la franja del 33 al 44 % de minusvalía podría estarse en presencia de una persona límite. ¿Pueden estas personas constituir un PPD por sí solas? Un experto en la materia (psicólogo) nos ha asegurado que estas personas mediante aprendizaje pueden desarrollar una profesión con normalidad, pero que para la realización de actos jurídicos como contratos de compraventa o arrendamiento necesitan de la asistencia de una tercera persona, para evitar por ejemplo, situaciones de engaño. Estaríamos en presencia de personas necesitadas de curatela, que carecen de capacidad natural suficiente

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 277.

para realizar por sí solas actos dispositivos y por lo tanto, incapaces de constituir un PPD en su favor.

En cuanto a los discapacitados psíquicos como consecuencia de trastornos mentales hay que decir lo siguiente:

El Real Decreto 1971/1999 establece en el capítulo 16 del anexo 1.A unas normas de carácter general para la valoración de estas enfermedades, distinguiendo cinco clases de discapacidad: Clase I (discapacidad 0%. La persona presenta sintomatología psicopatológica aislada que no supone disminución de su capacidad funcional); discapacidad leve; moderada; grave y muy grave. A continuación distingue de forma específica entre cinco clases de enfermedades mentales (trastornos mentales orgánicos, esquizofrenia y trastornos paranoides; trastornos afectivos; trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos y trastornos de la personalidad) y dentro de cada una, entre las cinco clases de discapacidad.

La discapacidad leve se valora con un porcentaje inferior al 33% por lo que caería fuera de nuestra consideración.

La discapacidad grave supone que la persona padece una restricción grave de las actividades de la vida cotidiana, entre las que se enumera, el manejo de dinero y la capacidad de iniciativa, voluntad y enjuiciamiento crítico de su actividad y la actividad de otros. Precisa supervisión intermitente en ambientes protegidos y *total fuera de ellos*. Luego precisa supervisión total para manejar dinero en ambientes no protegidos. Este hecho, unido a que no puede mantener una actividad laboral normalizada, pudiendo únicamente acceder a centros y/o actividades ocupacionales, en los que incluso con supervisión el rendimiento suele ser pobre o irregular, nos lleva a entender que el padecimiento de esta discapacidad es incompatible, en principio, con el disfrute de una capacidad natural dispositiva suficiente. Esta discapacidad grave se valora entre un 60 y un 74%.

En la discapacidad moderada, valorable de un 25 a un 59%, se distinguen dos situaciones. Si la sintomatología clínicamente evidente, a pesar del tratamiento habitual, persiste e interfiere *notablemente* en las actividades de la persona y fuera de los periodos de crisis el individuo *sólo puede trabajar en ambientes laborales protegidos con supervisión mínima*; presentando además las características clínicas que se señalan en cada clase de enfermedad, su discapacidad se valorará en el tramo superior (45 a 59%) y no tendrá tampoco capacidad natural dispositiva suficiente.

Si la discapacidad se valora en el tramo inferior (25 a 44%) porque la sintomatología persistente no interfiere notablemente en las actividades de la persona y ésta es capaz de desarrollar una actividad laboral normalizada y productiva la mayor parte del

tiempo, pero, como señala la norma, *con supervisión y ayuda*, entonces podría parecer que tampoco cabe pensar en una capacidad natural dispositiva suficiente, pues si la actividad laboral, que puede ser mecánica, requiere de tal supervisión, con mucho mayor motivo requerirá tal supervisión (papel que realizaría un curador) la disposición de bienes inmuebles o de sumas importantes de metálico. Sin embargo, como la tipología de las sintomatologías puede ser muy variada y éstas hemos dicho no interfieren notablemente en las actividades de la persona, entendemos que en estos casos el Notario debe entrar a valorar la capacidad natural dispositiva de la persona, y permitir la constitución del PPD si la reputa suficiente para ello. Hay que tener presente que lo contrario supondría privar a estas personas de una legítima independencia y que forma parte de la tradición jurídica (Derecho Romano y Derecho Histórico Español) el admitir la validez de los actos patrimoniales realizados por el loco o demente en intervalo lúcido ⁵⁰.

No podemos dejar de tener presente el grave problema que se derivaría en el futuro para el PPD constituido por dichos discapacitados, si se agravase su situación de discapacidad o llegasen a caer en una situación de imposibilidad de autogobierno. Este problema, que es susceptible de acaecer también en el caso de discapacitados físicos con plena capacidad de obrar que han constituido el PPD al amparo del art. 3.1.a) LPPD, *se agrava por la mayor frecuencia en presentarse, en el caso de los disminuidos psíquicos*⁵¹.

En efecto, si el constituyente es el propio discapacitado, y nombra como administrador a un tercero, de acuerdo con el art. 5 LPPD no será imprescindible establecer para dicho administrador la necesidad de obtener autorización judicial para realizar los actos de los

⁵⁰ En el Derecho Romano no existía la figura de la incapacitación, pero no se ignoraba la situación de los enfermos psíquicos. Estaba prevista una curatela especial para los púberes y mayores de edad *sui iuris* que era la cura *furiosi*. No era necesaria una decisión judicial para que el enfermo fuera sometido a curatela, sino que, desde el momento en que surgía la enfermedad, la persona devenía automáticamente incapaz, y como consecuencia, se le asignaba un curador. Mientras duraba la enfermedad, los actos del furioso eran radicalmente nulos; cuando recobraba la salud, válidos. «No obstante, se discutía sobre si en los intervalos lúcidos continuaba siendo necesaria la intervención del curador, o si, por recuperar el furioso durante ese tiempo la capacidad, cesaba la curatela hasta que retornara la enfermedad. Justiniano decidió que no terminara la curatela, puesto que en cualquier momento podía volver la locura, pero que se suspendiera, *de forma tal que, mientras estuviera cuerdo, el enfermo pudiera adir la herencia y realizar todas las demás cosas que pueden hacer los hombres sanos* (CJ, 5, 70, 6)».

En nuestro Derecho Histórico se mantiene la tradición romanista a través de las Partidas. (Ley XIII, tit. XVI, P. 6; ley VI, tit. II, P.4 y ley XIII, tit. I, P.6). (EVANGELIO LLORCA, R. *Los contratos celebrados por incapaces naturales*. Mc Graw Hill. Madrid, 1997, pp. 23 a 25).

⁵¹ Cfr., AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores...», *op. cit.*, p. 81.

arts. 271 y 272 CC. De manera que, mientras el constituyente tenga capacidad de obrar suficiente, podrá realizar una labor de control de la gestión de su administrador, pudiendo requerir al MF para que actúe en uno u otro sentido. Pero si el constituyente llega a perder sus facultades mentales, el patrimonio continuará administrado por un tercero, *que no estará sujeto a control judicial previo alguno* (control al que sí está sujeto el tutor o el administrador del PPD si éste fue constituido por persona distinta del beneficiario), con lo que las posibilidades de llevar a cabo actos lesivos de los intereses del discapacitado aumentan. Podría aducirse que siempre va a tener el control *a posteriori* (salvo si son los padres los administradores) de rendir cuentas anualmente de su gestión, amén de la obligación final de rendición de cuentas, que afecta también a los padres administradores (art. 279 CC por analogía). Pero en efecto, este control *a posteriori* no es garantía suficiente de la correcta gestión del PPD⁵².

En definitiva, aquí el acto de constitución no se agota en sí mismo sino que es el punto de partida del desarrollo de una institución que se prolongará en el tiempo, durante la vida del discapacitado. Cabría pensar, ante ello, que si la norma pretende la protección de las personas con discapacidad, no parece probable que la ley autorice a que el PPD pueda quedar en manos de la administración de un discapacitado (si se autodesignó administrador) que ve deteriorarse en el futuro sus facultades o cae en una situación de imposibilidad de autogobierno, con una supervisión de oficio por el MF poco cierta, dado que el propio beneficiario no está obligado a rendir cuentas anualmente de su gestión, *ni hay precepto expreso que ordene al Notario comunicar la constitución de los PPD al MF.* O en manos de un tercero, como señalamos antes, que actúe sin control judicial alguno⁵³. Las dificultades apuntadas podrían hacer dudar de la conveniencia de que el Notario entrase a valorar la capacidad en el último caso reseñado.

Cuando escribíamos estas líneas, aún no se había publicado el texto de la Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

Esta Ley añade al art. 3.3 de la LPPD un último párrafo en el que se prevé la inmediata comunicación por los Notarios de la cons-

⁵² Cfr. *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵³ Cfr. *op. cit.*, pp. 94 y 95.

titución y contenido de los patrimonios protegidos por ellos autorizados al Fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Este mandato del legislador permitirá una supervisión de oficio por el MF más cierta y eficaz, lo que parecería disminuir los problemas que apuntábamos de que la administración del PPD quedase en manos del discapaz constituyente que ve empeorar sus facultades o cae en una situación de imposibilidad de autogobierno, pues en tal caso el MF, al amparo del art. 7.1 de la LPPD podría instar del Juez la sustitución del administrador o la adopción de cautelas, e incluso la adopción de medidas cautelares de las contempladas en el art. 762 LEC, para la adecuada protección del presunto incapaz y de su patrimonio. Igualmente, si el administrador es un tercero, la comunicación al MF por el Notario garantizaría que aquél pudiera instar del juez el establecimiento de la necesidad de autorización judicial previa para los actos de los arts. 271 y 272 CC, en el caso de empeorar las facultades mentales del discapaz, lo que también parecería disminuir los problemas antes apuntados. Dada, pues, la nueva situación planteada con la reforma, consideramos que las dudas apuntadas deben resolverse a favor de que el Notario entre a valorar la capacidad natural del sujeto en el supuesto reseñado.

En todo caso, el MF, que por la comunicación del Notario tiene conocimiento de la existencia de un presunto incapaz, deberá iniciar, si lo estima procedente, la incapacitación.

Para Luna Serrano tendría también el discapacitado capacidad de obrar suficiente para constituir por sí mismo el PPD, si padeciendo alguna anomalía que haya determinado su incapacitación «en la sentencia en que ésta se declare se determina una extensión y límites de la misma que consientan considerar que el declarado incapaz tenga capacidad de obrar suficiente a los efectos de constituir en su propio favor el patrimonio protegido, lo que ocurrirá ... cuando la sentencia acuerde el sometimiento del incapacitado al régimen de guarda consistente en la curatela, puesto que, en el peor de los casos, el incapacitado sujeto a curatela sólo necesita la asistencia del curador «para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido» (art. 289 CC), o de no especificarlos, ... aquéllos para los que el tutor necesita autorización judicial, entre los que no está la constitución del PP» (art. 290 en relación con 271 a 273 CC)»⁵⁴. Pero según lo que hemos expuesto más arriba, la constitución de un PPD es un acto para el cual se requiere capacidad

⁵⁴ LUNA SERRANO, Agustín. «El patrimonio protegido del discapacitado», en *La protección jurídica del discapacitado*. II Congreso Regional. Coord.: Ignacio Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 110 y 111.

para disponer, y en cuanto tal puede ser calificado de acto de «carácter dispositivo susceptible de inscripción» (de registración, en sentido amplio), subsumible en el art. 271.2.º CC, razón por la que para su otorgamiento será imprescindible la asistencia del curador, lo que evidencia que el discapacitado sometido a curatela no tiene por sí solo capacidad suficiente para constituirlo.

Podría pensarse que si la sentencia que establezca la curatela hace una relación de actos necesitados de asistencia y entre ellos no se incorpora el acto de constitución del PPD, en tal caso, la constitución del PPD se verifica por el propio discapacitado al amparo del art. 3.1.a) LPPD. Pero, necesariamente hemos de volver sobre la idea de que el discapacitado que designe administrador a un tercero ha de tener plena capacidad dispositiva para poder conferir poderes de disposición al administrador o para consentir tácitamente que se los confiera la Ley (art. 5.7 LPPD). Y un sujeto a curatela, no tendrá normalmente tal capacidad dispositiva aunque la sentencia de incapacitación le autorice para constituir por sí solo el PPD. *Únicamente podría considerarse que el curatelado constituye el PPD al amparo del art. 3.1.a) LPPD si al establecer el órgano de administración se autodesigna administrador, estableciendo en el documento constitutivo que ejercerá tal administración de acuerdo con el contenido de la sentencia de incapacitación.*

En el caso del menor emancipado o habilitado de edad, la constitución de un PPD no se encuentra en la relación de actos del art. 323 CC para los que el emancipado necesita la asistencia de sus padres, o en su defecto, del curador. Pero teniendo la naturaleza de acto de carácter dispositivo habrá que pensar que se necesitará para su constitución la asistencia de los padres o del curador siempre que el menor emancipado aporte bienes de los enumerados en el art. 323 CC y establezca reglas de administración para los mismos.

Solamente si los bienes que aporta no son de los enumerados en el art. 323 CC y establece reglas de administración para los mismos, como tiene plena capacidad dispositiva respecto de ellos, podrá constituir por sí solo el PPD.

Teniendo presente estas consideraciones respecto del menor emancipado, que solo adquiere plena capacidad dispositiva para los bienes excluidos del art. 323 CC con la emancipación, las mismas nos conducen a que un menor no emancipado no puede constituir por sí solo un PPD dada la trascendencia que tiene el acto. Por ello no podemos compartir la opinión de Linacero de la Fuente que trata de apoyar en los arts. 2.2 y 3.9 LO 1/1996, de 15 de

enero y 162.1.º y 1263.2 CC.⁵⁵, según la cual, en el supuesto de discapacitados, menores de edad, sujetos a patria potestad, no incapacitados judicialmente, que tengan suficiente discernimiento, podrían tener capacidad de obrar suficiente para constituir por sí solos un patrimonio protegido, atendiendo a su edad y grado de madurez⁵⁶.

Aparte de la constitución por el discapacitado que tiene capacidad de obrar suficiente, es posible pensar en una constitución por un sujeto plenamente capaz física y psíquicamente, pero que lo hace en previsión de padecer una futura minusvalía, sujetando la eficacia del negocio jurídico constitutivo a la *conditio iuris* de la acreditación del grado de discapacidad exigido por la ley. Así se pronuncia Martínez Díe⁵⁷. Según Herbosa Martínez, desde el otorgamiento del documento se indicará en el Registro Civil, en previsión de que, cumplida la condición y teniendo el beneficiario limitadas sus facultades, las disposiciones establecidas puedan afectar automáticamente a terceros⁵⁸.

Es opinión común que quien es capaz para realizar por sí un determinado acto o negocio, lo es también para realizarlo a través de apoderado, como lo exige la lógica y la íntima vinculación existente entre apoderamiento y negocio representativo, por lo que la capacidad debe apreciarse en atención a éste. Como la constitución del PPD no es un acto personalísimo puede ser hecho por apoderado.

En resumen, por capacidad de obrar suficiente se entiende la plena capacidad de obrar del discapacitado físico, mayor de edad, no incapacitado, que no está afecto de una minusvalía psíquica igual o superior al 33 %, y tiene aptitud natural para la realización del acto; la capacidad de obrar del discapacitado psíquico, mayor de edad, no incapacitado, que tiene aptitud natural para la realización del acto, así como la capacidad del sujeto a curatela al que la sentencia de incapacitación permite constituir un PPD (siempre que se autodesigne administrador sujetando la administración a la sentencia de incapacitación), así como la plena capacidad dispositiva que tiene el menor emancipado, incapaz físico o psíquico en los términos matizados antes, sobre los bienes no enumerados en el art. 323 CC.

⁵⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M.ª A. *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores, desfavorecidos y personas mayores*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de publicaciones. Madrid, 2004, pp. 56 y 57.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

⁵⁷ MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio...», *op. cit.*, p. 162.

⁵⁸ HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial...», *op. cit.*, p. 1935.

2. LOS PADRES, TUTORES O CURADORES CUANDO LA PERSONA CON DISCAPACIDAD NO TENGA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE

De acuerdo con el art. 3.1.b) de la LPPD podrán constituir un patrimonio protegido los padres, tutores o curadores *cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*.

La doctrina se ha planteado si padres, tutores o curadores, están legitimados para constituir el PPD, exclusivamente en *cuanto representantes legales o personas encargadas de complementar la capacidad de obrar insuficiente del discapaz*, y con bienes del propio discapaz o bien si la ley les confiere legitimación *por otros conceptos* para efectuar tal constitución con dichos bienes.

Así se plantea si los padres, *en cuanto progenitores*, estarían legitimados por la LPPD para constituir el PPD con bienes del hijo discapaz, *aunque ya no se ostentase la representación legal del hijo*. *P.e. se trata de un incapacitado sometido a tutela, no correspondiendo ésta a los padres*⁵⁹.

Se cuestiona, igualmente, si el tutor recibiría una legitimación especial por la LPPD, al margen del art. 267 CC y pese a lo que pudiera decir la sentencia de incapacitación, esto es, pese a que la sentencia afirmase que la constitución de un PPD es un acto que el incapacitado puede realizar por sí solo.

En cuanto al curador, se plantea si sólo ha de complementar la capacidad de obrar insuficiente del curatelado, cuando corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el CC y la sentencia de incapacitación, o bien, si por disposición de la LPPD, y al margen de los arts. 286 a 290 CC y de lo que pueda decir aquélla, *debe complementar siempre la capacidad del curatelado*. E incluso, si no ten-

⁵⁹ Esta posición la mantienen DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO quienes sostienen que si el hijo discapacitado, mayor de edad, ha sido incapacitado y sometido a tutela, no habiendo sido nombrados los padres para el cargo tutelar por no considerárseles idóneos (p.e. por su edad avanzada o estado de salud), el art. 3.1.b) legitima a los padres para constituir el PPD con bienes del discapaz, puesto que la ley no distingue el caso de que los padres ostenten o no la representación legal y la ley les exige ser simplemente progenitores. En la misma línea plantean el caso de un discapacitado mayor de edad, incapacitable, respecto del cual todavía no se ha iniciado el procedimiento de incapacitación pero los padres quieren constituir un PPD. Apreciado por el notario la falta de capacidad natural del discapacitado y comunicada la situación al MF para que inicie, si procede, el procedimiento de incapacitación, las autoras se plantean si en este caso la constitución del PPD se paraliza hasta que haya sentencia [y por lo tanto, se nombre un representante legal] o si el Notario podría autorizar la constitución por los padres. Como la ley no se pronuncia al respecto, estiman que sí, por razón del interés del hijo (DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 115 a 118). Esta posición es factible siempre que los padres ostenten una autoridad paterna de hecho sobre el discapaz.

dría una legitimación especial conferida por la LPPD para actuar *en lugar del curatelado*⁶⁰ o como una especie de *curator ad litem*.

La respuesta a estos interrogantes viene dada fundamentalmente por la lectura del primer párrafo del apartado III de la E de M de la Ley donde se señala «esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico ...». Es evidente, pues, que el llamamiento legal del art. 3.1.b), para la constitución del PPD *con bienes del propio discapaz, se hará de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar, y no al margen de los mismos*.

En este sentido, habría que rechazar el llamamiento de los padres como progenitores, para constituir el PPD con bienes del discapaz, *siempre que exista un tutor o un curador diverso de aquellos*, dados los evidentes problemas que surgirían si, siendo tutores o curadores personas distintas de los padres, éstos pudieran intervenir en el patrimonio del hijo *de quien no tienen la representación* (Art. 1259 CC)⁶¹. Hay que tener en cuenta que los padres son llamados a constituir el PPD en pie de igualdad con los tutores, lo que nos lleva a pensar que tal llamamiento se produce *en cuanto ostentan la representación legal del hijo* (es menor de edad o está sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada).

Cuestión distinta es que no existiendo ni tutores ni curadores, y siendo el hijo mayor de edad, disminuido psíquico, no incapacitado pero incapacitable, los padres continúen ostentando, por haber-

⁶⁰ Se habla de que el curador tendría una triple legitimación: para actuar complementando la capacidad de obrar insuficiente del discapacitado, para constituir el PPD con sus propios bienes (los del curador) por el hecho de ser curador y finalmente, con arreglo a la nueva ley, *sustituyendo* al sujeto a curatela y constituyéndolo con bienes de éste. «Aunque esta última alternativa podría parecer un tanto discutible, por no coincidir con los parámetros generales por los que se desenvuelve la curatela en el CC, se encuentra, sin embargo, específicamente avalada por el art. 3.1.b) de la Ley 41/2003 –que es *lex posterior* y *specialis*– que, en el sentido indicado, amplía expresamente las funciones que legalmente competen de manera ordinaria al curador». Esta última solución no es compartida ni por PEREÑA VICENTE ni por RUBIO TORRANO. (LUNA SERRANO, A. «El patrimonio protegido del discapacitado», en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*. Coord.: Ignacio Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 111 y 112). Tampoco por GALLEGU DOMÍNGUEZ. (GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Dirigido por José Pérez de Vargas Muñoz. La Ley. 1.ª Edición, Madrid, 2006, pp. 133 y 134). Pero sí, por LÓPEZ GALIACHO. (LÓPEZ GALIACHO PERONA, J. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 42).

⁶¹ RIVERA ÁLVAREZ, J.M. «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, p. 91.

se extinguido legalmente la patria potestad, una autoridad paterna de hecho. En el término «padres» empleado por el art. 3.1.b) y 3.2 LPPD, cabe subsumir las dos situaciones en que los padres, en cuanto tales, desplegarán una asistencia al discapacitado *contemplada por el ordenamiento jurídico*: la patria potestad y la patria potestad de hecho, en el sentido de autoridad paterna ejercida de hecho sobre el discapacitado, cuando la patria potestad se extingue por haber alcanzado el discapacitado la mayoría de edad, pero perdura su incapacidad natural, sin estar incapacitado por sentencia judicial. Al margen de estas dos situaciones, *los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar, no admiten la actuación de los padres sobre los bienes del hijo discapacitado, por lo que no cabe pensar en una constitución del PPD por los padres legitimada exclusivamente sobre la condición de progenitores*⁶².

En cuanto a la posibilidad de que el curador sustituya al curatelado, constituyendo con bienes de éste el PPD, dice Rivera Álvarez que, admitiéndose tal hipótesis, se daría la contradicción legal de que otras normas del ordenamiento le impiden al curador ostentar sin más una administración general del patrimonio del curatelado. Pero tal disimilitud normativa no tendría sentido, porque realmente no hay diferencias entre constituir un PPD y ostentar esa administración general. Luego eso significa que esa interpretación de la Ley 41/2003 no es admisible. En cuanto a la recuperación del «*curator ad litem*», nada hay en la norma, ni en sus antecedentes ni en el resto del ordenamiento que pueda justificar esta interpretación⁶³. En efecto, el nombramiento de curador para pleitos en la LEC 1881 y anteriormente *curator ad litem* en las leyes de Partidas, tenía lugar en el caso de que el padre, tutor o curador de un menor o incapacitado no pudiera representar a éste en juicio por *oposición de intereses* u otra causa, o si el menor o incapacitado *no tuviere nombrado tutor o curador*. La práctica había hecho que se confiriesen estos cargos a los procuradores; pero como tal cosa daba malos resultados, la Ley de Enjuiciamiento determinó que fueran ocupados por un pariente inmediato del menor, una persona de su intimidad o de la de sus padres y no habiéndolas o no tenien-

⁶² Si los padres no ejercen la patria potestad de hecho, y el hijo discapacitado no tiene ni tutor ni curador, estará a cargo de un guardador de hecho. Éste no puede constituir el PPD, según veremos, pero puede hacerlo el defensor judicial o el administrador judicial que se nombre en el seno del procedimiento de incapacitación.

No hay que olvidar que el art. 229 CC obliga a padres y guardador a promover la constitución de la tutela.

Si el incapaz se encuentra en situación de desamparo, lo que procede aplicar es el art. 239.2.º CC.

⁶³ *Cfr.*: RIVERA ÁLVAREZ, J.M.^a «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, pp. 91 y 92.

do la aptitud legal necesaria, por persona de la confianza del Juez, en el orden indicado; pero los menores púberos podían nombrar libremente a quien quisiesen por comparecencia ante el Juez, quien accedería a discernir el cargo al así designado, si, según su prudente arbitrio, no había en ello inconveniente. Si sobre el discernimiento surgía cuestión, se ventilaba por los trámites de los incidentes, representando al menor el Ministerio Fiscal (art. 1852 y ss. LEC)⁶⁴. No tendría sentido considerar que esta figura ha sido recuperada por la LPPD, cuando ya existe una figura, la del defensor judicial, que viene a rellenar el lugar que antes ocupaba el *curator ad litem* (Arts. 7.1 y 2 y art. 8 LEC 2000 y 299 CC). Cuestión distinta es si el defensor judicial está legitimado o no para la constitución del PPD, lo que planteamos en epígrafes sucesivos.

En cuanto a la legitimación para constituir el PPD con sus propios bienes (los del curador) por el hecho de ser curador tampoco sería posible. Como señala la E de M de la LPPD la actuación del curador es siempre *de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico*. Si el curador quiere aportar sus bienes para la constitución, deberá dirigirse al discapacitado, si tiene capacidad de obrar suficiente, *como cualquier tercero*, para que esté, aceptando la aportación, constituya el PPD en su favor. Si el discapacitado no tiene capacidad suficiente para la constitución, deberá complementar su capacidad. Pero entonces constituirá el PPD el discapacitado asistido por su curador, con los bienes que éste aporte, más no el curador por sí mismo por el hecho de ser curador.

En consecuencia, padres y tutores son o pueden ser representantes legales del discapacitado. Actúan por él, si bien cabe que por ley o por indicarlo la sentencia de incapacitación actúen con él simplemente complementando su capacidad o cabe incluso que por disponerlo así la sentencia de incapacitación deban abstenerse de actuar por poder constituir el PPD el incapacitado por sí sólo (art. 267 y 171.1.º CC)⁶⁵. En cuanto al curador sólo complementa una capacidad de obrar insuficiente. Si complementa la capacidad de obrar insuficiente de un incapacitado, deberá intervenir siempre (cuando así resulte de la sentencia de incapacitación o por aplicación del art. 290 en relación con los arts. 271 a 273 CC, por tratarse la constitución del PPD de un acto de naturaleza dispositiva), salvo que la sentencia de incapacitación afirme la capacidad del curatelado para

⁶⁴ Cfr.: *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*. Voz: Curaduría) y arts. 1852 y ss. LEC.

⁶⁵ Esta última posibilidad parece poco verosímil tratándose de un incapacitado sujeto a tutela o a una patria potestad prorrogada o rehabilitada que va más allá de la mera asistencia.

actuar él sólo⁶⁶. En el caso de actuación del curador, el constituyente del patrimonio no será el curador, sino el incapacitado o menor emancipado con la asistencia del curador (arts. 288 y 286 CC).

En cuanto representantes legales, los padres que ejercen la patria potestad y los tutores constituyen el PPD con bienes del discapacitado *que estén bajo su administración*. Decimos esto porque ciertos bienes del discapacitado pueden estar excluidos de su administración. Caso de los arts. 164 y 227 CC.

Se plantea la cuestión de si los padres y tutores quedan sujetos a la autorización judicial previa para la constitución del PPD (arts. 166 y 271.2.º CC). A nuestro juicio, en cuanto hemos dicho que tal constitución tiene la naturaleza de acto de carácter dispositivo, se ha de contar con la autorización judicial previa. Discrepamos así de Rivera Álvarez⁶⁷ y de Martínez Díe⁶⁸. Es más, si el menor es un discapacitado psíquico del que se puede predicar la condición de *incapaz natural*, la constitución del PPD por sus padres puede ser vista por éstos como vía alternativa a la incapacitación, y aunque ya dijimos que tal visión es incorrecta, por la trascendencia que tiene el acto para el futuro del hijo, resulta obligado un control judicial previo⁶⁹. Por su parte, el tutor de un incapacitado que constituyese un PPD, encomendando su administración a un tercero, vendría a «liberarse» por este medio de ciertas obligaciones legales respecto de su pupilo, lo cual merece también un

⁶⁶ En este caso, téngase en cuenta lo que dijimos en el epígrafe anterior sobre constitución por el propio curatelado.

⁶⁷ RIVERA ÁLVAREZ, J.M. «La capacidad de obrar suficiente...», *op. cit.*, p. 91.

⁶⁸ MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido...», *op. cit.*, pp. 171. En otro lugar señala: «La constitución del PPD por un tutor con bienes del discapacitado no requiere obtener autorización judicial del art. 271 para hacer la aportación, porque, tratándose de bienes del propio beneficiario ni el acto de constitución ni el de aportación tienen carácter dispositivo, sino que son un acto de administración ordinaria y a lo sumo, de configuración jurídica, necesariamente ventajoso para el discapacitado» (*op. cit.*, pp. 187 y 188).

⁶⁹ Si durante la menor edad de un *discapacitado físico*, padres o tutores constituyen un PPD, *autodesignándose administradores o designando a un tercero*, hay que entender que llegada la mayor edad del beneficiario, dicha administración se extingue automáticamente por tal razón, pasando a disfrutarla el beneficiario, o bien que, la llegada de la mayoría de edad es causa suficiente para que instado el MF por el beneficiario, aquél solicite y el juez otorgue sin más la sustitución del administrador por el propio beneficiario. Cualquiera otra interpretación que suponga que el discapacitado no podrá gozar, alcanzada la mayoría de edad, de las facultades directivas del PPD, sería inadmisibles, pues ello vendría a suponer una privación de capacidad de obrar al beneficiario, cuando no es incapaz natural, sin sentencia judicial de incapacitación previa. Ello porque el administrador nombrado al constituir el PPD es representante legal para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del PPD, en el cual pueden estar integrados todos los bienes que constituirían el patrimonio personal del beneficiario.

Caso diverso es el de que un mayor de edad, discapacitado físico *con capacidad de obrar suficiente*, constituya el PPD y nombre administrador a un tercero. En tal caso, podríamos decir que estamos en presencia de un mandato y por lo tanto, de una representación voluntaria, aceptada por el discapacitado.

control judicial previo. Además el hecho de tener que solicitar la autorización judicial previa, permite al MF tomar conocimiento del PPD que se está constituyendo y de la existencia de una persona susceptible de incapacitación (caso de solicitar la autorización judicial, los padres que ostentan la patria potestad de hecho) con lo que ello facilita, tanto la supervisión del PPD de oficio por el MF, como la puesta en marcha del procedimiento protector del incapaz natural por excelencia, que es la incapacitación.

Para la actuación de los citados representantes se acude a las normas generales que sean de aplicación. Y así, por ejemplo, en el supuesto de que los titulares de la patria potestad discrepen sobre la conveniencia de constituir un PPD a favor de su hijo minusválido, (menor de edad, o incapacitado sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada) habrá que sujetarse, en el ámbito en que sea aplicable, al art. 156.2.º CC, con la particularidad de que el Juez podrá atribuir –sin ulterior recurso– la facultad de decidir a quien sea contrario a la formación de este patrimonio⁷⁰. O «si la tutela se ejerce por más de un tutor y existe un tutor de la persona y otro del patrimonio, como la constitución del PPD es una decisión de más trascendencia que una simple actuación de administración y que puede tener importantes consecuencias para la persona del tutelado, deberán constituirlo conjuntamente ambos tutores. [Art. 236.1.º CC.]⁷¹. En los demás casos de pluralidad de tutores en los que no hay reparto de funciones económicas y personales entre ellos, en principio actuarán mancomunadamente, o sea de forma conjunta, (si son los padres del tutelado, el ejercicio conjunto lo será de modo análogo a la patria potestad conjunta, art. 236.2.º, al final) valiendo lo que se haga con el acuerdo de los más. A falta de acuerdo sobre la constitución del PPD, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Art. 237.2.º CC. Si la tutela se ejerce solidariamente, Art. 237.1.º CC, cada tutor podrá constituir el PPD por sí solo⁷².

El curador no puede constituir por sí solo el PPD sino que requiere el concurso y consentimiento de curatelado y curador (arts. 286 a 289 CC). «La iniciativa de constitución puede partir de

⁷⁰ MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: Garrido Melero, M. y Fugardo Estiviél, J.M. T. II. Bosch, S.A., p. 171.

⁷¹ DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 121 y 122.

⁷² Cfr., ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. 8.ª Edición. José María Bosch Editor, S. L. Barcelona, 1997, pp. 324 a 326.

cualquiera de ellos, y basta con que el otro esté de acuerdo para que se pueda constituir. Si alguno de ellos no quiere prestar su consentimiento de acuerdo con las reglas de la curatela, en dicho supuesto y dada la trascendencia del mismo, cualquiera de ellos podría acudir al Juez para que resolviese lo que considerase pertinente, en beneficio del discapacitado. También cabría aplicar por analogía el art. 3.2, LPPD instando al MF para que solicite del Juez la solución que estime conveniente [y resolviendo éste en última instancia]»⁷³. En parecidos términos, García Pérez⁷⁴.

3. EL GUARDADOR DE HECHO DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

Dispone el art. 3.1.c) de la LPPD que «el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica, podrá constituir en beneficio de éste, un PPD con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 303, 304 y 306 CC», preceptos reguladores de la guarda en este cuerpo legal.

El origen de esta norma, no presente en el Proyecto de Ley, estuvo en la enmienda n.º 41 presentada al texto en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán, con la siguiente justificación: «*Se da la circunstancia de que hay muchas personas con discapacidad psíquica, mayores de edad, que no están incapacitadas judicialmente. Algunas de ellas pueden ser beneficiarias de pólizas suscritas por sus padres con una Mutualidad, por ejemplo. Se puede plantear la situación de que al fallecer los padres la pensión o la cantidad que la Mutualidad aporte no puedan ser incorporadas al PPD ya que no tienen ni padre ni tutor (no están incapacitados). En este caso, la figura del guardador de hecho con capacidad para crear un patrimonio protegido solucionaría esta situación.*»⁷⁵. Así pues, la situación que tuvo presente el legislador al solicitar la inclusión de esta nueva legitimación en la LPPD, fue la de personas mayores de edad, con discapacidad psíquica que no están incapacitadas judicialmente.

⁷³ DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 122 a 124.

⁷⁴ GARCÍA PÉREZ, R.M. *Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado*, en «Protección del patrimonio familiar». Coord.: Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 141 a 143.

⁷⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 10 septiembre 2003, n.ºs 154-155.

Pero la redacción final del precepto amplió el supuesto de hecho de la norma a otras situaciones. Quizás por ello dice Serrano García que la enmienda fue mal incorporada a la ley. Por un lado, no tener padres, no significa no estar incapacitado, pues se puede haber procedido a la incapacitación antes de los 18 años. Y si el que fallece es el tutor, tutor de mayores sólo puede haberlo de incapacitados, con lo que el tenor legal se aparta del sentir inicial de la enmienda que pensaba en disminuidos psíquicos mayores no incapacitados⁷⁶.

Díaz Alabart y Álvarez Moreno consideran que no son muchas las hipótesis en las que podría darse la situación de guarda de hecho contemplada por el art. 3.1.c). La que diseñan viene a coincidir con la prevista por el legislador. «Podría darse en el caso de una *persona que padece una enfermedad psíquica de nacimiento o contraída durante la infancia*. Dicha persona obtiene su certificado de discapacidad, igual o superior al 33 % y permanece bajo la patria potestad de sus padres, que no le incapacitan. Llegado a la mayoría de edad, los propios padres u otras personas o instituciones desempeñan la guarda de hecho. Fallecidos los padres, el guardador de hecho podría iniciar la constitución del PPD». Pero, en realidad, las situaciones, según el tenor de la ley, no se circunscriben a la descrita (discapacitado psíquico, mayor de edad, no incapacitado), sino que engloban también los supuestos de guarda de hecho de incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada o sujetos a tutela, cuyos padres o tutor fallecen y los supuestos de discapacitados menores de edad, huérfanos, que no tienen nombrado tutor y son guardados de hecho por una persona o institución o cuyo tutor falleció⁷⁷. El tenor literal de la norma dice más de lo que inicialmente quiso decir el legislador. Ahora bien, ante la disyuntiva de decantarse por una interpretación conforme con la *mens legislatoris* o por una interpretación conforme con la *mens legis*, hay que inclinarse por aquélla, pues en el caso de menores e incapacitados, como veremos más adelante, no tiene sentido la acreditación de la guarda para la posterior constitución del PPD, porque el nombramiento de tutor, que está legitimado para la constitución, tarda lo mismo y es más beneficioso. Luego hay que pensar que siendo el espíritu y finalidad de la Ley, la protección del discapacitado, ésta se refiere en su art. 3.1.c), pese a lo que pueda desprenderse de su tenor literal, al caso exclusivo de discapacitados mayores de edad y no incapacitados; quedando los otros

⁷⁶ SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 402 y 403.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 402 y 403.

supuestos sujetos al art. 3.1.b), por ser ello más beneficioso para el menor o incapacitado. No obstante, el interés por delimitar el ámbito de aplicación de la norma decae ante la polémica doctrinal suscitada acerca de si verdaderamente el guardador de hecho de un disminuido psíquico puede o no constituir el PPD, dadas las características que presenta la institución de la guarda de hecho.

Son partidarios de la tesis de la legitimación, Herbosa Martínez⁷⁸, Entrena Palomero (para quien «el que la Ley 41/2003 acuda a la figura del guardador de hecho no hace más que acercarse a la realidad social: ... más del 85 por ciento de las personas con discapacidad sólo se encuentran ante la custodia de un guardador de hecho⁷⁹) y Martínez Díe⁸⁰.

No son partidarios de la legitimación López Burniol⁸¹, Díaz Alabart y Álvarez Moreno⁸² y Rogel Vide⁸³; Ignacio Serrano se inclina inicialmente por esta postura⁸⁴. También Amunátegui Rodríguez. La doctrina se ha preguntado cómo se demuestra que efectivamente una persona es el guardador; que el discapacitado necesita que actúen por él ante un fedatario público, y además que haya de ser el guardador quien deba hacerlo (Díaz Alabart y Álvarez Moreno; Serrano García). Sin embargo, el verdadero problema no es tanto cómo se demuestra que se es el guardador, sino, como veremos más adelante, que la puesta en marcha de los procedimientos posibles para la acreditación de la guarda conduce a una aporía que determina la imposibilidad de tal constatación.

No obstante, antes de responder al interrogante planteado acerca de si realmente el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica puede o no constituir un PPD en beneficio de éste, vamos a hacer ciertas consideraciones generales en torno a la institución de la guarda de hecho, que nos permitirán detectar tales aporías así como otros problemas que se plantean al respecto.

⁷⁸ HERBOSA MARTÍNEZ, I. «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Actualidad Civil*, n.º 16. Septiembre, 2005, p. 1935.

⁷⁹ ENTRENA PALOMERO, B. «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *Los derechos de las personas con discapacidad*. Coord.: José Luis Terreros. CGPJ. Madrid, 2007, p. 1004.

⁸⁰ MARTÍNEZ DíE, Rafael. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: Garrido Melero, M. y Fugardo Estiviell, J.M. T. II. Bosch, S.A., pp. 172 a 175.

⁸¹ LÓPEZ BURNIOL, J.J. «Protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 2005, p. 21.

⁸² DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*. Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 127 a 130.

⁸³ Conversación privada.

⁸⁴ SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial...*, op. cit., pp. 404 a 407.

Concebimos la guarda de hecho en el sentido más restringido y propio de los términos, o sea, como aquella situación de atención y cuidado efectivamente ejercida, asumida de hecho⁸⁵, de modo espontáneo y al margen de las formalidades legales, a favor de los menores de edad y personas presuntamente incapaces o incapacitadas judicialmente que carezcan de representación⁸⁶, por parte de una persona física o institución, que sin legitimación legal o judicial alguna, se encarga de las personas y patrimonios de aquéllos⁸⁷. A pesar de su carácter informal, la guarda de hecho es una institución con relevancia jurídica. Esa relevancia, dice Rogel Vide, tiene lugar automáticamente, por el mero hecho de que la situación se dé y desde el mismo momento en que se da. Como señala este autor, hay lapsos de tiempo en los que la inmediata guarda de hecho, al margen de las formas legales, es incluso imprescindible. Pensemos, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del tutor o de los padres que ostentaban la patria potestad. Al margen de estos casos, en los que la figura es imprescindible, podemos decir que es una situación muy frecuente en la práctica. Pero no es una situación llamada a permanecer en el tiempo. La ley quiere reconducir a derecho esta situación. De ahí la obligación que pesa sobre el guardador de promover la constitución de la tutela (art. 229 CC). Y de ahí también que, una vez conocida por la autoridad judicial, lo primero que se quiera, lo único casi, sea ponerle fin, hacerla desaparecer⁸⁸. Como dice Moreno Quesada «una segunda nota de esta guarda que ahora considero es que si bien es temporal... se acentúa en ella este carácter aún más, por la circunstancia de que su mismo reconocimiento debe ser acompañado de la decisión de que se extinga como tal guarda de hecho.

⁸⁵ Cfr.: ROGEL VIDE. «La guarda de hecho», en RGLJ, n.º 4, 2003, p. 584.

⁸⁶ De la lectura del art. 303 CC, parecería desprenderse que únicamente puede ser guardado un menor de edad o un presunto incapaz. Sin embargo, también cabe que lo sea un incapacitado. Concretamente pensamos, y es la situación que tendremos presente a lo largo de nuestro trabajo, en el caso de fallecimiento de los padres que ostentaban la patria potestad prorrogada o del tutor, si estaba constituida la tutela. Que cabe la guarda de hecho de incapacitados se desprende del art. 761.2 LEC 2000 y del propio art. 3.1.c) LPPD, si le tomamos literalmente.

⁸⁷ La doctrina discute acerca de la consideración de otros supuestos como de guarda de hecho. P.e., aquellos que ejercen funciones tutelares, basando su actuación en un nombramiento ineficaz, bien porque lo era inicialmente, bien porque así ha devenido con posterioridad. No podemos, dentro de los límites de este trabajo, entrar a considerar si tales supuestos discutidos han de considerarse o no como de guarda de hecho, o son reconducibles a la gestión de negocios ajenos sin mandato, como hace CANO TELLO, por lo menos, con algunos supuestos. (CANO TELLO. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*. Madrid, 1984, p. 142. Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 44 y 45). De ahí que nos centremos en la consideración de la acepción más restringida y propia de la guarda de hecho.

⁸⁸ ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 28.

Para el Derecho, su reconocimiento no puede ser más fugaz⁸⁹. La doctrina llega a decir que la actuación del guardador es una actuación ilegal (así Lete). En todo caso, como dice Yzquierdo Tolsada, es una situación no querida por la ley⁹⁰.

El guardador de hecho no tiene la condición de representante legal⁹¹. Aunque pueda comportarse *de facto* como si de un tutor de hecho se tratase, lo propio de la figura es «referirse o contemplar situaciones pasadas o, más exactamente, actuales, pero anteriormente constituidas y desarrolladas» (P.e. consumir negocios jurídicos perfeccionados), como dice Moreno Quesada⁹². Ello sin perjuicio del especial régimen de eficacia que para los actos realizados por el guardador consagra el art. 304 CC. Además existe una imposibilidad práctica, como señala Rogel Vide, de controlar *a priori* la actuación del guardador de hecho, por definición desconocido para la autoridad judicial. Ahora bien, producido este conocimiento, como indicábamos antes, el Código Civil prevé la adopción de medidas para ponerla fin.

De acuerdo con el art. 303 CC «*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203*⁹³ y 228⁹⁴, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». Como dice Lete, el art. 303

⁸⁹ MORENO QUESADA, B. «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *RDP*, 1985, abril, p. 326.

⁹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M. «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*. YZQUIERDO TOLSADA *et alii*. Ediciones ICAI. Madrid, 1984, p. 152.

⁹¹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*. Dikynson. Madrid, 2001, p. 598.

⁹² MORENO QUESADA, B. «El curador, el defensor judicial...», *op. cit.*, p. 325.

⁹³ Artículo derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil que señalaba: «El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración [de incapacidad] si las personas mencionadas en el artículo anterior [cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, ascendientes o hermanos del presunto incapaz] no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del MF».

El Juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias, y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá solicitar del Juez lo que proceda, dentro del plazo de 15 días». Dicho precepto se corresponde hoy con el art. 757.2.º y 3.º NLEC y con su art. 762.1: «Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del MF para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación».

⁹⁴ Art. 228: «Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela».

«comienza dejando a salvo las actuaciones judiciales urgentes constituyentes de la tutela [para el caso de un menor de edad o de un incapacitado cuyo representante legal falleció] y de la incapacitación [para el caso de un presunto incapaz]. En realidad, no podía ser de otro modo; hubiera sido absurdo que la autoridad judicial, teniendo conocimiento de la existencia de un menor o presunto incapaz, pudiera eximirse de proceder a la constitución de la tutela o de cumplir lo preceptuado en el art. 203 en orden a la posible incapacitación»⁹⁵. En igual sentido, afirma Albaladejo, que el Juez no puede abstenerse de promover la guarda legal que corresponda, y dar por bueno que la situación siga siendo atendida por el guardador de hecho como tal. Lo mismo entienden Lete del Río y O'Callaghan Muñoz⁹⁶.

Sin perjuicio, pues, de la puesta en marcha de los mecanismos que permitirán la constitución de la correspondiente guarda legal⁹⁷, constitución que provocará la extinción de la guarda de hecho, la autoridad judicial podrá requerir al guardador para que informe sobre la persona y bienes del guardado y su actuación sobre los mismos. Si bien el precepto afirma que el Juez «podrá requerirle» al guardador, lo que parecería evidenciar que ello constituye una facultad discrecional del Juez (y así lo entienden O'Callaghan, Sancho, Núñez Muñoz⁹⁸), como afirma Lete, debería haberse dicho «deberá». «Si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un Juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe? En mi opinión, sería afirmación de una ilegalidad inadmisibles; además, si esto pudiera acontecer, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal» [Cfr.: art. 233 *in fine* CC]^{99 100}.

Como afirma Bercovitz, tal petición de información constituye una garantía en sí misma, a favor del guardado. Producida ésta, el art. 303 impone al guardador de hecho un deber de información

⁹⁵ LETE. «De la guarda de hecho», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo. Tomo IV, artículos 181 a 322 CC. Madrid, 1985, p. 488. (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 147).

⁹⁶ Citados por NÚÑEZ MUÑIZ, C. «La guarda de hecho», en *BDP* 1999, p. 431.

⁹⁷ Tutela, curatela o patria potestad prorrogada.

⁹⁸ NÚÑEZ MUÑIZ, C. «La guarda de hecho», *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁹ LETE. «De la guarda de hecho», *op. cit.*, p. 490. (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 149).

¹⁰⁰ El Anteproyecto de reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela (1977), dirigido por el Profesor Díez-PICAZO, y realizado por encargo de la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales, con redacción más afortunada señalaba: «Tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá, de oficio, requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de acuerdo con las normas de este Código.»

similar al que se establece para el tutor en el 233 *in fine* CC. «El deber de información sobre la persona y bienes quedará limitado en cada caso al ámbito en que se esté desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección¹⁰¹. El informe que se requiere al guardador es similar, como hemos dicho, al que se establece para el tutor en el art. 233 CC, razón por la cual, dice Rogel Vide, habrá de figurar en el mismo un inventario de los bienes del guardado y la oportuna rendición de cuentas respecto de los mismos¹⁰².

Producida dicha información, el Juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas¹⁰³. En todo caso deberá establecer las que sean necesarias en interés del incapaz, ya que a ello le obliga si no la letra, sí el espíritu de la ley¹⁰⁴. Ahora bien, «no podemos excluir la existencia de casos en que la inmediata protección del guardado, exija la adopción de las mismas por el Juez sin solicitar el informe, o sin esperar al resultado del mismo, por lo que deberán adoptarse sin dilación»^{105 106}.

Esta previsión es redundante respecto de los presuntamente incapaces, dada la remisión del art. 303 CC al 203, que hoy hay que entender hecha al art. 762.1 LEC. Dichas medidas de control y vigilancia de la actuación del guardador de hecho, provisionarias y caducas, de duración transitoria, (ya que debe ponerse en marcha el procedimiento tutelar de derecho y la tutela provisionalísima del art. 299 bis) y para las cuales deja poco espacio la legislación actual

¹⁰¹ BERCOVITZ. *De la guarda de hecho*. Madrid, 1984. (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 148 y 149).

¹⁰² *Op. cit.*, p. 589.

¹⁰³ El juez adopta medidas a la vista de las actuaciones anteriores efectuadas por el guardador de hecho, así como las que sean adecuadas para el futuro, mientras queda legalmente constituido el régimen de guarda.

¹⁰⁴ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006, p. 36

¹⁰⁵ *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁶ FÁBREGA RUIZ explica con detalle el procedimiento a seguir para el control de la guarda de hecho, una vez conocida la situación. Señala que el Juzgado correspondiente a la residencia del presunto incapaz, iniciará un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que deberá constatar la situación de presunta incapacidad para lo que es imprescindible el examen médico forense, y la exploración judicial. El Juez podrá solicitar otras diligencias tales como informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales, etc., que nos servirán para conocer en profundidad el entorno vital del discapaz [Lógicamente deberá solicitará todas las diligencias necesarias según cada caso]. Deberá oír a las personas con interés legítimo, y en concreto, a parientes cercanos, guardador y guardado si tuviere suficiente juicio. Asimismo, si la complejidad del patrimonio o la administración lo justificara, deberá requerir informe de un perito contable. Por último, acordará por auto las medidas que considere pertinentes entre las que puede establecerse la obligación de rendir cuentas anuales, informar periódicamente de la situación en que se encuentra el presunto incapaz, atención personal y terapia que recibe, etc. (FÁBREGA RUIZ, C.F. *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, pp. 38 y 39).

según veremos, son, entre otras, las previstas en el art. 299 bis CC y 762 LEC.

Si se trata de un menor de edad o de un incapacitado, procede la tutela provisionalísima del art. 299 bis por parte del MF, quien ejercerá la representación y defensa del menor o incapacitado^{107 108}. El Ministerio Fiscal asume por su propia autoridad dicha tutela provisional a partir del momento en que tiene conocimiento de que una persona se encuentra en la situación que contempla el art. 299 bis. Teniendo presente que este precepto es una norma sustantiva, la atribución de la representación de la persona que debe ser sometida a tutela, traspasa los límites meramente procesales y nos lleva a pensar en una *representación legal fuera de juicio*. De manera que el Ministerio Fiscal quedará sometido en su actuación a los normales requisitos que ha de cumplir cualquier tutor en el ejercicio de su cargo (p.e. autorización judicial para los actos del art. 271 y 272 CC), pero caracterizando su actuación por dos notas: la intermitencia y la urgencia. Así el MF ejercerá la defensa de su protegido cuando en esta fase provisional surja alguna controversia que deba ventilarse en juicio y que afecte a los intereses del futuro tutelado. Actuará, asimismo, representando al menor o incapacitado cuando haya de llevarse a cabo un acto que afecte a los intereses personales o patrimoniales del mismo, que de haberse constituido la tutela haría el tutor y siempre que el asunto

¹⁰⁷ CANO TELLO, intentando superar el tenor literal del art. 299 bis, y siguiendo una tendencia de mantenimiento posible de la guarda de hecho hasta que no se regularice definitivamente la situación, considera posible que el Juez pueda opinar que es de interés para el menor o incapacitado que continúe sujeto a la guarda de hecho hasta que se constituye la tutela, caso en el que no procedería aplicar el art. 299 bis. (CANO TELLO. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*. Madrid, 1984, p. 144. Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 151). La misma línea sigue CRISTÓBAL FÁBREGAS. *La guarda de hecho...*, op. cit., pp. 36 y 37.

Sin embargo, el tenor del precepto no deja lugar a dudas en cuanto a la necesidad de su aplicación: «Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el MF. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiese de procederse al de los bienes, el juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluidas». La autoridad judicial, por lo tanto, que tiene conocimiento de la situación de guarda debe comunicarla inmediatamente al MF, para que éste se haga cargo de la situación.

Lo expuesto pondría de relieve que la guarda de hecho termina casi en el mismo momento en que el Juez tenga conocimiento de ella. No obstante, dice LETE, podría interpretarse que el Juez «fundándose en el beneficio del menor o incapacitado, puede mantener la guarda de hecho hasta que se constituya la tutela, aplicando las medidas de control y vigilancia que estime más procedentes, y sin perjuicio de que la representación y defensa haya de ostentarla el Ministerio Fiscal», según exponemos en el cuerpo del escrito. (LETE. *De la guarda de hecho*, op. cit., p. 489. Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 152).

¹⁰⁸ El art. 299 bis CC es en principio solo aplicable en el caso de menores o incapacitados, pues de acuerdo con el art. 215 CC, la figura del defensor judicial, en cuyo ámbito se encuentra inmerso el art. 299 bis, está pensada para realizar la guarda y protección de menores o de incapacitados.

no pueda demorarse hasta la conclusión del proceso, por suponer un potencial peligro de perjuicio para el protegido. Esta función intermitente y urgente es compatible con el mantenimiento de la guarda de hecho para el *cuidado diario de la persona y atención de sus necesidades más perentorias*, sujeta dicha guarda a los controles que hubiere estipulado el Juez. Pero el guardador habrá quedado deslegitimado para realizar actuaciones patrimoniales en los términos del art. 304 CC, al haber cesado la posesión de estado implícita en dicho precepto. Ahora bien, en el caso de que el menor o incapacitado se encuentre en una situación de abandono o no se considere oportuno mantener la actuación del guardador de hecho, deberá el MF proveer al cuidado de la persona encomendándolo a persona o institución adecuada, o recabando la autorización judicial para internar al futuro tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial a tenor del art. 271.1.º CC¹⁰⁹.

El art. 299 bis prevé también que el Juez podrá designar un administrador de los bienes cuando hubiese de procederse al cuidado de los mismos. Para Martínez Díe ese administrador carece de facultades representativas. Puig Ferriol considera que procede este nombramiento cuando se necesita una actuación no intermitente sino continuada en el ámbito patrimonial, dado que una actuación continuada no parece propia del MF. Señala que como se habla del nombramiento del administrador cuando así lo requiera el cuidado de los bienes, esto lleva a la idea de que el administrador sólo está facultado para realizar actos de conservación y de simple administración. Para cualquier acto que los exceda precisará de autorización judicial, sea o no de los comprendidos en los arts. 271 y 272 CC «pues en esta fase de tutela provisional solo procederá disponer de los bienes del futuro tutelado si concurre alguna circunstancia excepcional, que en todo caso deberá apreciar el Juez, pieza clave del organismo tutelar que instaura la reforma de 1983 (art. 216 y 232 CC).

Como el administrador se integra de una forma u otra dentro de los órganos de guarda y protección de los menores e incapacitados, no podrá el juez nombrar a las personas inhábiles para ser tutores.

¹⁰⁹ Cfr., GÓMEZ OLIVEROS. «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *RCDI*, 1984; 2.ª parte: noviembre-diciembre, pp. 1410 y 1411 (Citado por ROGEL VIDE. *La guarda de hecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 152). PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 299 bis», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Coord.: Manuel Amorós Guardiola, Rodrigo Bercovitz-Rodríguez Cano. Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1986. MARTÍNEZ DÍE, R. «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial*. Madrid, 1999, pp., 200 y 201. (Citado por CRISTÓBAL FÁBREGAS. *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 38).

Art. 243 a 245 CC», debiendo tener siempre en cuenta en el nombramiento lo que exige el interés del menor o incapacitado.

«El administrador no tiene obligación de aceptar el cargo pues su existencia es facultativa (podrá nombrarse) y debe rendir cuentas de su gestión, aplicándosele los arts. 279 a 285 CC sobre rendición de cuentas del tutor (salvo lo relativo a los plazos, dado que aquí la rendición es inmediata)»¹¹⁰.

Si se trata de un mayor presuntamente incapaz, el Juez deberá poner el hecho en conocimiento del MF, para que éste, si lo estima procedente, promueva la incapacitación. Art. 762.1.º LEC. «Recibida la noticia por el MF, se inicia una fase que se podría llamar de instrucción y que en la práctica diaria se suele denominar «diligencias informativas previas a la interposición de la demanda » o diligencias preprocesales (art. 5, último párrafo EOMF). Se recopila información actual sobre la enfermedad padecida por el presunto incapaz y sobre los familiares próximos a éste, a fin de poder proponer al sujeto que pueda asumir la defensa judicial, y, en su caso, la tutela..., sobre la situación económica y personal o por si procediera solicitar, con carácter previo o junto con la demanda, medidas de protección cautelar.» Estas diligencias informativas se archivan desde el momento en que se inicia el procedimiento de incapacitación, pero también en el supuesto de que no proceda interponer demanda, sin perjuicio de que se acuerde reaperturarlas si las circunstancias se modifican, y sin perjuicio de comunicar la decisión a quienes están por ley legitimados, para que puedan instar la demanda si lo estiman procedente¹¹¹. Si no procede interponer la demanda, la guarda de hecho podrá o no continuar, según las circunstancias del caso y si continúa, las personas del art. 229 CC, podrán o no estar obligados, según las circunstancias, a promover la constitución de la tutela mediante la interposición de la demanda de incapacitación.

Interpuesta la demanda de incapacitación por el MF, de acuerdo con lo previsto en el antiguo art. 207 CC, se nombraba un defensor judicial al presunto incapaz. Éste sustituía al MF, que en todo proceso de incapacitación, salvo que fuese instado por él mismo, debía asumir la defensa del presunto incapaz¹¹². Con la NLEC estos parámetros tan claros habrían quedado algo difusos pues, de acuer-

¹¹⁰ PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 299 bis», *op. cit.*, loc. cit.

¹¹¹ GANZENMÜLLER ROIG y ESCUDERO MORATALLA. *Discapacidad y Derecho*. José María Bosch, S.A. 1.ª Edición. Barcelona, 2005, pp. 175 y 176.

¹¹² Antiguo art. 207 CC: «Si el MF hubiere promovido el procedimiento, el Juez designará un defensor al presunto incapaz, a no ser que ya estuviere nombrado. En los demás casos, será defensor el Ministerio Público.

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación».

do con el art. 758 LEC, parecería que el MF, sólo se haría cargo de la defensa del presunto incapaz, si éste no comparece con su propia defensa y representación y aquél no hubiese sido el promotor del procedimiento. El MF intervendría así en el procedimiento de incapacitación, como promotor de la incapacitación (en beneficio del discapaz), si los parientes legitimados para instar el procedimiento no existen o no lo instan (art. 757.1 LEC); como defensor del presunto incapaz, si no ha sido promotor del procedimiento y éste no comparece con su propia defensa y representación, y en todo caso, como parte en el proceso, en defensa del interés público y de la legalidad, cuando no sea ni promotor ni defensor del presunto incapaz¹¹³.

Dice el art. 758: «El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el MF, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que ya estuviere nombrado».

Como parecería haber desaparecido el equivalente al 299 bis para la tutela, que era el antiguo 207 CC, en el seno del procedimiento de incapacitación, sólo cabría arbitrar dos soluciones, si el presunto incapaz comparece con su propia defensa y representación:

A) Considerar que, al margen del mismo, seguirá en vigor la guarda de hecho, como hasta el momento, si bien sometida al control y vigilancia judicial, hasta que se dicte la sentencia de incapacitación y se nombre tutor al incapaz.

B) Considerar que no sólo en el caso de que el presunto incapaz no comparezca con su propia defensa y representación procede la defensa por el MF, y en su defecto, por el defensor judicial, sino que procede tal defensa *en todo caso*, aplicando por *analogía*, el art. 299 bis CC (directamente solo aplicable a la constitución de tutela a favor de menores o incapacitados. Arg. ex art. 215 CC) y en correlación sistemática con el art. 758 LEC.

Teniendo presente el interés del presunto incapaz y el interés de la sociedad en que la representación de aquél se verifique por cauces legales que den seguridad y certidumbre, la solución a arbitrar es la segunda. Máxime, si tenemos en cuenta el art. 8 de la LEC 2000, relativo a la integración de la capacidad procesal: «Cuando la per-

¹¹³ DE LA OLIVA SANTOS. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 2000, p. 420. GANZENMÜLLER ROIG y ESCUDERO MORATALLA. *Discapacidad y Derecho*. José María Bosch, S.A. 1.ª Edición. Barcelona, 2005, p. 174.

sona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior ¹¹⁴ y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe aquella persona».

Apoyaría esta solución, en parte, Chimenó Cano, quien afirma refiriéndose a la figura del defensor judicial: «se trata de una representación legal y necesaria del presunto incapaz. Cabría plantearse si el demandado [de incapacitación], puede actuar en el proceso en su propio nombre, personándose en la causa y gestionando su propia defensa a través de abogado y procurador. Para el legislador hay una presunción de falta de capacidad procesal en el demandado. Así se deduce de los términos del art. 758 LEC –«se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado»– Es pues, imprescindible que el demandado acuda con la representación legal del defensor judicial, o el Ministerio Fiscal en su caso. A través del defensor judicial, se pretende asegurar quien pueda suplir su propia gestión procesal.

El defensor judicial es representante legal del incapaz y actúa como un «alter ego» del presunto incapaz. Actuará siempre en nombre del demandado, pero en sí no es el demandado, es «*simplemente quien representa sus intereses en el ámbito exclusivo del proceso*»¹¹⁵. Con relación a este último aspecto, entendemos que tal representación por el defensor judicial lo es también en el ámbito extraprocesal. Resulta aplicable lo dispuesto por el art. 299 bis para el MF y para el menor o incapacitado, por analogía, al defensor judicial y para el presunto incapaz. En resumen, pues, al presunto incapaz, dentro del procedimiento de incapacitación y al margen del mismo, le representará y defenderá un defensor judicial (art. 8 y 758 LEC y art. 299 bis CC por analogía)¹¹⁶. Junto a este

¹¹⁴ La persona física no está en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. En nuestro caso no lo está, dado que no tiene capacidad natural para su ejercicio.

¹¹⁵ CHIMENO CANO, M. *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2003, pp. 53 y 54.

¹¹⁶ Como en el caso que contemplamos, quien promueve la incapacitación es el MF, corresponde el cargo de defensor a la persona que el Juez considere más idónea para ello. También es factible que el presunto incapaz proponga como defensor a una persona de su confianza. Tratándose de representación necesaria, lo normal es que se acuerde iniciar el incidente para el nombramiento de oficio. En otro caso, se instará el nombramiento por el MF, el presunto incapaz, o cualquier otra persona capaz de comparecer en juicio. Se suspenderá el curso del procedimiento de incapacitación, abriéndose un incidente que se tramitará por los cauces establecidos para la jurisdicción voluntaria y según las normas establecidas en las disposiciones generales (art. 1811 y ss. LECA, y art. 300 CC, aplicado analógicamente). El nombramiento es dativo y discrecional. El Juez es libre para nombrar a quien estime más idóneo para el cargo, sin más límite que las causas de inhabilidad que dispone la Ley (art. 301 y 243, 244 y 245 CC). P.e., no podrá nombrar a las personas de mala conducta o conducta inmoral, o que no tienen manera conocida de vivir. La asunción del cargo es obligatoria, sin perjuicio de que el designado pueda excusarse por las mismas

defensor judicial, podrá nombrarse un administrador judicial y mantenerse la guarda de hecho, en términos análogos a los ya vistos para el procedimiento de constitución de tutela de menores o incapacitados¹¹⁷.

Dicho esto, analizaremos el problema apuntado por la doctrina de la acreditación de la guarda de hecho. Existirían tres mecanismos al respecto, uno propuesto por Leña Fernández y otros dos propuestos por Fábrega Ruiz.

Dice Leña Fernández¹¹⁸, que para que se de la circunstancia fáctica de guarda de hecho han de darse tres circunstancias: existencia de una discapacidad en una determinada persona con intensidad suficiente como para dar lugar a la incapacitación; ausencia de incoación del procedimiento de incapacitación (de lo contrario se habría aplicado el art. 299 bis CC) y la existencia, prolongada en el tiempo, de una situación de cuidado y asistencia al discapacitado por parte de una persona determinada. Dadas estas tres circunstancias podemos decir que estamos en presencia de una guarda de hecho, para cuya prueba ante el Notario el instrumento idóneo sería el *acta de notoriedad* que habría de instar el propio guardador. Para que aquél pudiera realizar su declaración final de notoriedad debería aportársele pruebas de las tres circunstancias reseñadas. Así debería probarse la existencia de la persona del discapacitado y de su falta de capacidad de autogobierno. En cuanto a lo primero, el Notario, teniendo a su presencia al discapacitado, lo identificaría por cualquiera de los medios establecidos en el Reglamento Notarial. En cuanto a lo segundo, bastaría con la presencia ante el Notario, de dos facultativos elegidos por él, que fuesen especialistas en la materia, y que dictaminasen sobre la incapacidad, al modo como lo preceptúa el art. 665 CC. Aparte de ello sería lógico y necesario que el Notario, al tener al discapacitado en su presencia a efectos de identificación, se cerciorase de la existencia de la discapacidad utilizando los medios de los que normalmente se vale para enjui-

razones que los cargos tutelares (art. 251 y 301 CC). (CHIMENO CANO, M. *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2003, pp. 54 y 55). La necesidad de nombramiento del defensor judicial se demuestra también por la imposibilidad en que normalmente se encontrará el presunto incapaz, de contratar los servicios de un abogado y otorgar su representación al procurador, al carecer de capacidad natural.

¹¹⁷ Hemos supuesto en las líneas precedentes que Juez y Fiscal son competentes para cada una de las actuaciones mencionadas.

¹¹⁸ En las próximas líneas seguimos a LEÑA FERNÁNDEZ que estudia la actuación de un tercero en nombre del discapacitado si no existe poder otorgado por el discapacitado y sin haberse iniciado el procedimiento de incapacitación, o sea, la actuación del guardador de hecho. (LEÑA FERNÁNDEZ, R. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Coord.: MARTÍNEZ DÍE, R. Civitas, pp. 208 a 212).

ciar la capacidad o, en su caso, la incapacidad de un testador o un contratante¹¹⁹.

En cuanto a la inexistencia de incoación del procedimiento de incapacitación bastaría con la partida literal de nacimiento y «con la certificación negativa del Registro Civil del domicilio del discapacitado y si constase que anteriormente ha vivido en otra localidad, la aportación también del certificado negativo del Registro de tutelas de esta localidad». La demanda de incapacitación puede anotarse en el Registro Civil de acuerdo con el art. 38 LRC y 145 RRC. No obstante como podría no haberse anotado, y de acuerdo con el 299 bis CC, si se ha iniciado ya el procedimiento, ya no cabe guarda de hecho, más que en los estrechos límites señalados antes, por corresponder la representación y defensa al defensor judicial, «debe exigirse al guardador en el instante del acta la declaración bajo pena de falsedad en documento público, de que la declaración de incapacidad no ha sido instada y, la misma declaración, a juicio de notario autorizante, deberá exigirse a alguno o algunos de los familiares más cercanos si los hubiere».

Finalmente, la tercera de las circunstancias a probar sería el ejercicio prolongado en el tiempo de la propia guarda de hecho. Para acreditar esta circunstancia puede bastar con la declaración de dos testigos que así lo aseverasen, pudiendo ampliarse esta prueba con la declaración cumulativa de dos familiares, preferentemente de entre los más próximos.

Además el guardador de hecho debería probar la inexistencia de representantes legales mediante las correspondientes certificaciones del Registro Civil (certificado de la inscripción de defunción de los padres o tutor; certificado de la inscripción de nacimiento del guardado (art. 46 LRC, etc.)¹²⁰.

¹¹⁹ De admitirse este medio de acreditación, como señala FÁBREGA RUIZ, el Notario debería también solicitar informes de facultativos, hablar con los familiares y allegados, examinar la documentación que se le presente como pueden ser los certificados de minusvalía de las unidades de valoración, etc. (FÁBREGA RUIZ. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006).

¹²⁰ Según FÁBREGA RUIZ el procedimiento a seguir para el otorgamiento del acta de notoriedad sería el siguiente:

«1.º La persona que requiera al Notario deberá demostrar interés legítimo, y afirmar bajo su responsabilidad, la certeza de la relación que se trata de acreditar por notoriedad, bajo pena de falsedad en documento público.

2.º El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, haciendo los requerimientos y notificaciones personales o por edictos que considere necesarias.

3.º Las personas que pudieran verse afectadas a juicio del Notario, serán notificadas directamente y tendrán el plazo de 20 días para alegar lo que estimen oportuno, interrumpiéndose la instrucción del acta si se acredita que existe juicio contradictorio relativo a lo que se trata de de acreditar por notoriedad.

El segundo procedimiento para acreditar la guarda de hecho que propone Fábrega Ruiz consistiría en constatar la existencia de la guarda de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, finalizado por una resolución judicial que declarase frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada. Este procedimiento podría ampararse en los artículos 158.4.º CC [o 216.2.º CC] o a través de las medidas cautelares establecidas en el art. 762 LEC¹²¹. Sin embargo, este medio de acreditación resulta problemático dado que, en el momento en que se pusiese en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de la guarda de hecho, ésta, *si fuese competente*, debería promover la constitución de la tutela (art. 228 CC; caso de un menor o un incapacitado)¹²² o poner el hecho en conocimiento del MF, en caso de presunto incapaz, para que incoe, si lo estima procedente, el proceso de incapacitación (art. 762.1 LEC 2000)¹²³. En uno y otro caso se aplicaría, según lo que explicamos antes, el art. 299 bis CC, aplicación ésta exigida por el ordenamiento, que chocaría frontalmente con una acreditación de la situación de guarda por la autoridad judicial, acreditación que no debería producirse ya que lo que hemos dicho que pretende el ordenamiento es reconducir a Derecho la situación de guarda. «Además si el guardado ha sido ya declarado incapaz por sentencia o es menor, el nombramiento de tutor ordinario tardará lo mismo y será más conveniente por lo que no tendrá sentido la constatación de la guarda de hecho.»¹²⁴. Por lo tanto, en un caso como éste, para evitar la aporía de que a un mismo tiempo se constate la existencia de una guarda

4.º En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos cuya declaración de notoriedad se pretende.

5.º El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará concluida el acta.» (FÁBREGA RUIZ. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2006, p. 22).

¹²¹ FÁBREGA RUIZ, C. *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 17.

¹²² Para el nombramiento de tutor para los bienes de un menor o de un incapacitado es competente el Juez del domicilio del padre cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto, el del domicilio del menor o incapacitado, o el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles (art. 63. 17.ª de la LECA). Podría o no coincidir que el juez que estuviese conociendo del expediente de jurisdicción voluntaria, a efectos de acreditar la situación de guarda, fuese el mismo que debe promover la constitución de la tutela por ser competente.

Partimos de la idea de que por «Juez competente», el art. 228 entiende el juez de 1.ª instancia competente territorialmente, pero es posible que el artículo sólo se refiera al competente en razón de la competencia objetiva (cualquier juez de 1.ª instancia).

¹²³ En caso de presunto incapaz, el Tribunal que conozca del procedimiento de jurisdicción voluntaria articulado por la vía del art. 216.2.º CC o como medida cautelar (art. 762 LEC), será también competente para conocer del procedimiento de incapacitación por coincidir el fuero de competencia territorial: el juez del lugar de residencia del presunto incapaz.

¹²⁴ FÁBREGA RUIZ, C. *La guarda de hecho...*, *op. cit.*, p. 17.

(para su operación posterior en el tráfico jurídico) y se pongan en marcha los mecanismos idóneos para sustituirla y ponerla fin, el juzgador debe abstenerse de dictar auto acreditativo de la existencia de la guarda. Solución a la que le conduce igualmente el art. 229 CC que impide al guardador mantenerse en la situación fáctica de guarda. Únicamente podría dictarse el auto reconociendo la situación de guarda, si el MF decidiese no incoar el procedimiento de incapacitación por estimar que no concurre causa para ello, y de tal decisión discrepase el Juez que conocía el expediente de jurisdicción voluntaria, el cual, si el beneficio del discapaz lo exige, y dadas las circunstancias, el guardador no queda obligado por el art. 229 CC, reconocería la situación de guarda de hecho, manteniendo sobre ella, las medidas de control y vigilancia que considerase oportunas (art. 303 CC)¹²⁵.

Finalmente, un tercer procedimiento que proponía FÁBREGA RUIZ era el de la constatación de la guarda a través de un decreto del MF dictado en un expediente informativo para ello¹²⁶. Pero, como en el caso anterior, al entrar en juego el art. 299 bis, cesaría la situación de guarda en los términos explicados, por lo que no procedería su constatación. Y si el MF decidiese no interponer la demanda de incapacitación, tampoco podría apreciar la existencia de una guarda de hecho, dado que según sus investigaciones, el sujeto puede gobernarse por sí mismo.

Por lo tanto, en estos dos últimos procedimientos lo normal es que se produzca una aporía que conduce a la no constatación de la guarda de hecho.

En cuanto a la acreditación de la guarda de hecho por medio de acta de notoriedad, aunque Fábrega Ruiz y Leña Fernández la consideren factible, lo cierto es que el otorgamiento de tal acta podría considerarse vedado por el art. 229 CC, que obliga al guardador a promover la constitución de la tutela. Si tal hace el artículo, el guardador no estaría facultado para continuar en dicha situación, cosa que le facilitaría el otorgamiento del acta. La consecuencia lógica a extraer sería que el Notario debería abstenerse de otorgar tal acta. Pero si por hipótesis fuese factible tal otorgamiento, recordando el Notario al guardador la obligación que le impone el art. 229 CC, aquél debe poner el hecho en conocimiento del MF, art. 757.3 LEC, lo que llevará a la asunción de la tutela provisional por el defensor

¹²⁵ El juzgado, en este caso, también es competente para conocer del procedimiento de control de la guarda de hecho por ser el correspondiente a la residencia del presunto incapaz.

¹²⁶ FÁBREGA RUIZ, C. «Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. VII/1998, Madrid, 1998, p. 154.

judicial especialmente nombrado para el caso (art. 299 bis CC por analogía en relación con art. 8 y 758 LEC 2000) y de cese de la guarda de hecho, salvo el supuesto que ya conocemos de no incoación de la incapacidad por el Ministerio Público. Es decir, reconocida la guarda de hecho, ésta estaría llamada a morir casi de un modo simultáneo¹²⁷.

En todo caso, en la hipótesis de otorgamiento del acta y aunque no se produjera tal comunicación al MF por parte del Notario (se trata de guarda de menor o incapacitado o aunque se trate de guarda de presunto incapaz, no se comunica el hecho al MF), el guardador que quiera constituir el PPD deberá recabar autorización judicial, por tratarse dicha constitución de un acto dispositivo y no poder ser el guardador de mejor condición que el tutor. Y al recabar tal autorización judicial conforme a los arts. 2011 y ss. de la LECA, conociendo quizás el juez del lugar en que los bienes se hallen o el del domicilio de aquellos a quienes pertenecieren (art. 63.23.^a LECA), entrarían en aplicación los mecanismos previstos en los arts. 303¹²⁸, 228 CC¹²⁹, art. 762.1 o art. 757. 3 LEC 2000¹³⁰ y 299 bis CC, lo que nos vuelve a conducir a la situación anteriormente descrita, si coinciden las competencias en el mismo juzgado, de cese de la guarda de hecho y deslegitimación del guardador para la realización de actuaciones patrimoniales en los términos del art. 304 CC y para la constitución del PPD, razón por la cual, el Juez, no podrá autorizarle tal constitución. Únicamente podría autorizar tal constitución, si siendo competente para conocer del procedimiento de incapacidad y del expediente del art. 303 CC, el MF decidiese no incoar aquel procedimiento, por entender que no concurre causa para ello, y de tal decisión discrepase el Juez, el cual, si el beneficio del discapaz lo exige, y dadas las circunstan-

¹²⁷ Hay que tener en cuenta que, incluso en un momento anterior, puede haberse producido la comunicación al MF de la existencia de una persona sin posibilidades de autogobierno. En concreto, por los funcionarios o jueces que certifican la discapacidad (art. 2.3 LPPD), los cuales, si tienen constancia en el ejercicio de sus cargos de la existencia de circunstancias que pueden impedir al sujeto gobernarse por sí mismo, están obligados, por mandato del art. 757.3 LEC a poner dicha situación en conocimiento del Ministerio Fiscal. Cfr., DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica... op. cit.*, p. 103.

¹²⁸ Si coincide que el juzgado es el competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la guarda de hecho. En todo caso, si no lo fuera, la autoridad judicial que conoció la existencia de la situación de guarda, deberá ponerla en conocimiento del juzgado competente. Es lo que exige el espíritu del art. 303 CC.

¹²⁹ Si coincide que el juez que conoce del expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la autorización es el competente para el nombramiento de tutor del menor o incapacitado.

¹³⁰ El juez que conoce el procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a la autorización, aunque no sea el competente para conocer del procedimiento de incapacidad, en cuanto autoridad y funcionario público, deberá poner en conocimiento del MF la existencia de posible causa de incapacidad, incoando éste el procedimiento si lo estima pertinente.

cias, el guardador no queda obligado por el art. 229 CC, autorizaría la constitución, manteniendo al mismo tiempo las medidas de control y vigilancia de la guarda que considerase oportunas¹³¹.

Vemos pues, que por un camino u otro, caso de coincidir las competencias que hemos ido refiriendo en un mismo órgano jurisdiccional o en el Ministerio Fiscal, los resquicios que podrían quedar a la guarda de hecho en el ordenamiento español son escasos, *pues lo normal será que el Ministerio Público incoe el procedimiento de incapacitación*. La puesta en marcha de los mecanismos para constituir el PPD, conduce en tal hipótesis de modo casi inexorable a la extinción de la guarda. *Ello es un argumento de enorme peso para justificar la posición contraria a la legitimación del guardador de hecho. No pudiendo alegarse que la realidad social exige efectuar otras interpretaciones, pues, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 por el que se sancionó el texto articulado que reformaba el Título Preliminar del CC, tal elemento interpretativo consiste en «acomodar en alguna medida los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos», pero tal acomodo no puede pasar por alterar la esencia total de una institución, llamada a desaparecer, como hemos dicho, desde que es conocida por la autoridad judicial.*

Otro grave problema que se plantea es el de la previa aceptación de la herencia, antes de proceder a la constitución, por el guardador en nombre del discapaz. De acuerdo con las reglas generales, para aceptar la herencia le hace falta al interesado tener capacidad de disponer (art. 992.1.º CC), y careciendo de ella o teniéndola incompleta, que actúe en su nombre su representante legal, o que le sea completada. Pero en el caso presente no hay representación legal por definición ni sistema alguno para complementar la capacidad de obrar del discapaz¹³². Quizás para salvar esta nueva aporía podría plantearse que el guardador de hecho legitimado, según la letra de la LPPD, para constituir el PPD, también lo está implícitamente *para actuar por o con el discapaz según las normas de capacidad que rigen la aceptación de la herencia*, es decir, tiene

¹³¹ También cabría que se otorgase la autorización, si se demostrase al juez que conoce exclusivamente del expediente relativo a la misma, todos y cada uno de los extremos antedichos en el cuerpo del escrito.

¹³² Como ya dijimos más arriba el guardador no es un representante legal del guardado. El mismo FÁBREGA RUIZ que sostiene la afirmación contraria, reconoce que tal afirmación no deja de plantear problemas, ya que no se encuentra recogida expresamente como tal en la legislación civil. El art. 304 CC otorga una eficacia *a posteriori* a los actos realizados por el guardador, pero no le legitima *a priori* para actuar.

una representación legal o asistencia *ad hoc*¹³³. Pero éste parece un extraño mecanismo, no amparado por ninguna declaración expresa del legislador.

Por otro lado, hay que tener presente que ni los Notarios ni los Registradores están admitiendo la realización por el guardador de actos de naturaleza registral, aunque algún sector del Notariado a título particular defiende la posibilidad de la admisión de los mismos. Y tanto la aceptación de la herencia como la constitución del PPD son actos de naturaleza registral. (El derecho hereditario puede anotarse en el Registro de la Propiedad; así mismo, la integración de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo en un PPD se hará constar en el Registro de la Propiedad, art. 8.2 LPPD)¹³⁴.

Otra cuestión que también ha sido puesta de relieve por la doctrina es la de que el guardador no podría ordenar una administración de los bienes del PPD, una verdadera representación legal, cuando él carece de las facultades de administración de los bienes del guardado con que se constituye el PPD. En efecto, parece que siendo el guardador alguien que actúa transitoriamente, en tanto la tutela falta, no puede determinar el funcionamiento de algo que tiene vocación de permanencia indefinida: una representación legal. Este argumento resulta trascendental a la hora de entender que el guardador de hecho no está legitimado para la constitución del PPD.

Podría pensarse que un argumento a favor de la legitimación del guardador de hecho lo constituye la reforma introducida por la «Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria

¹³³ Las reglas de capacidad para aceptar la herencia, son las siguientes:

- La herencia dejada a menores, si están bajo patria potestad, la aceptará el titular de ésta.
- La dejada a menores emancipados la aceptan éstos con consentimiento de sus padres o curador (arg. Art. 323 C) y sin necesidad de tal consentimiento si la aceptación es a beneficio de inventario.
- La dejada a persona sometida a guarda legal, salvo que especifique otra cosa la sentencia de incapacitación:
 - Si está sometida a tutela, la puede aceptar por sí solo el tutor pero deberá hacerlo a beneficio de inventario. Si no, necesita aprobación judicial.
 - Si está sometido a curatela, aceptará el interesado pero asistido por su curador.

(ALBALADEJO. *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones. 7.ª Edición.* José María Bosch Editor, S. L. Barcelona, 1997, p. 97).

¹³⁴ Cfr., FÁBREGA RUIZ. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad, op. cit.*, p. 18.

con esa finalidad» en el art. 38.6.º de la Ley del Registro Civil (LRC), en virtud de la cual:

«A petición del MF o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: ...

6.º *La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz».*

En esta constatación de valor informativo podría verse una intención del legislador de dar una mayor importancia y ámbito de actuación a la guarda de hecho. Sin embargo, no hay que perder de vista que no será fácil la práctica de tal anotación, dado que según el art. 23 LRC y art. 81 RRC, tal asiento del Registro Civil se practicará en virtud de documento auténtico que de fe del hecho, y ya hemos analizados las dificultades legales existentes para la constatación fehaciente de la guarda de hecho.

Por otro lado, esta previsión del art. 38.6.º LRC debe respetar la esencia de la institución de la guarda de hecho, provisional, caduca, transitoria, mientras es desconocida de la autoridad judicial y llamada a desaparecer para reconducirla a Derecho, cuando es reconocida.

Finalmente, no dejan de existir los problemas apuntados antes de la previa aceptación de la herencia por el guardador, de la realización por éste de un acto de naturaleza registral, como es la constitución del PPD y de la ordenación de la administración del PPD.

En conclusión, existen argumentos de peso que avalan la posición de quienes entienden que el guardador de hecho no está legitimado para constituir el PPD, posición que parece la más acertada. El guardador de hecho que quiere constituir un PPD, lo que debe hacer es promover la constitución de la guarda legal, siendo el guardador legal el que procederá a la constitución del PPD.

En todo caso, es al MF (en tanto se procede al nombramiento de tutor al menor o incapacitado) o al defensor judicial (caso de presunto incapaz con procedimiento de incapacitación incoado por el MF) a quienes correspondería la constitución del PPD, como ostentadores de la representación y defensa del discapaz dentro de juicio y fuera de él. Ahora bien, teniendo presente que su actuación se limita a las *cuestiones urgentes*, será difícil, aunque no imposible, que concurren circunstancias de urgencia que legitimen su actuación. Otra vía alternativa consistiría en la constitución por el Administrador Judicial nombrado en el seno del procedimiento de incapacitación o constitutivo de la tutela, si se le atribuyó tal facultad (art. 302 CC), concurren las circunstancias excepcionales que legitiman su actuación, y cuenta con la preceptiva autorización judicial.

No obstante, aunque como regla hemos establecido que el guardador de hecho del disminuido psíquico no puede constituir el PPD, y carecería de legitimación para iniciar los procedimientos de acreditación de la guarda señalados, porque lo que procede es regularizar la situación y reconducirla a Derecho, en el caso de que los padres ostenten la autoridad paterna de hecho, sin haber solución de continuidad con el ejercicio anterior de la patria potestad legal, parece que el ordenamiento puede ser más tolerante con la situación, debido a los particulares vínculos que ligan a padres e hijos, y reconocerse por ello el ejercicio de tal potestad de hecho, con las consecuencias de permitir la constitución del PPD.

La doctrina que opta por la legitimación del guardador se ha planteado por qué no ampliarla para la constitución del PPD con otros bienes del discapaz diversos de los señalados por la norma. Así Luna Serrano, Linacero de la Fuente¹³⁵, López Galiacho¹³⁶, Amunátegui. Señala esta última que, aún entendiendo que el guardador de hecho no está legitimado para la constitución, en la hipótesis de entender que la norma le legitima para ello, debería ampliarse la posibilidad de constituir el PPD con la propia pensión del anciano discapacitado, lo que evitaría que pudiera disponerse de la pensión para fines diversos de la propia atención del mayor, al no haber sido objeto de incapacitación¹³⁷. Serrano García considera, en cambio, *que fuera de los casos expresamente mencionados por el legislador, el guardador no puede constituir el PPD*. En efecto, la enunciación por el legislador de determinados bienes, excluye implícitamente la incorporación de los restantes (argumento *a contrario sensu*). Abona esta posición el que de acuerdo con el art. 3.2, en caso de negativa injustificada no se menciona al guardador de hecho. Si no puede negarse, se puede entender que *tampoco puede aceptar la aportación de bienes hecha por terceros*¹³⁸. En consecuencia, según lo explicado antes, si se acreditase la guarda o se autorizase la constitución del PPD en los casos de excepción vistos, la norma que permite la constitución sería excepcional (respecto del régimen general de la guarda) y por lo tanto, de interpretación restrictiva, no pudiendo constituirse el PPD con

¹³⁵ LINACERO DE LA FUENTE. *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores, desfavorecidos y personas mayores*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de publicaciones. Madrid, 2004, pp. 56 y 57.

¹³⁶ LÓPEZ GALIACHO PERONA. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 42.

¹³⁷ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 97 a 99.

¹³⁸ Conversación privada.

otros bienes diversos de los señalados por el legislador. La ley no ofrece apoyatura legal para sostener otra posición y, si por hipótesis consideramos que el PPD es un patrimonio separado, teniendo presente que tales patrimonios son de creación legal, es decir, no creables en virtud de la autonomía de la voluntad, parece que habrá que ajustarse a la letra de la ley. Se exceptuaría el caso de que los constituyentes fuesen los padres que ostentan la patria potestad de hecho. En tal caso podrían constituir el PPD con bienes del discapaz y bienes de terceros sobre la base de los arts. 3.1.b) y 3.2 LPPD)¹³⁹.

También se ha planteado la doctrina favorable a la constitución del PPD por el guardador, la legitimación del guardador de hecho del *discapacitado físico*. Así López Galiacho considera que salvo pensar que es un error u olvido del legislador la posición de éste sería discriminatoria¹⁴⁰. Sin embargo, admitiendo la legitimación del guardador del disminuido psíquico, por hipótesis, no habría tal discriminación. El discapaz físico tiene capacidad de obrar suficiente y *no requiere de otra persona que constituya el PPD en su lugar*. Únicamente si la disminución física opera de forma que no es posible llegar a saber lo que quiere y entiende el discapaz físico, entonces el supuesto sería asimilable al del disminuido psíquico. Lo que nos conduce a la conclusión de que los padres que ostentan la patria potestad de hecho sobre un discapaz físico que se encuentra en tales circunstancias, también pueden constituir el PPD.

¹³⁹ Pensamos que en el término «padres» empleado por el art. 3.1.b) y 3.2 LPPD, cabe subsumir las dos situaciones en que los padres, en cuanto tales, desplegarán una asistencia al discapacitado contemplada por el ordenamiento jurídico: la patria potestad y la patria potestad de hecho, en el sentido de autoridad paterna ejercida de hecho sobre el discapaz, cuando la patria potestad se extingue por haber alcanzado el discapaz la mayoría de edad, pero perdura su incapacidad natural, sin estar incapacitado por sentencia judicial.

Tanto en uno como otro caso, los padres estarán legitimados para constituir el PPD con bienes del discapaz, así como legitimados para constituirlo a iniciativa de tercero o con bienes propios. Aunque como regla hemos establecido que el guardador de hecho del disminuido psíquico no puede constituir el PPD, porque lo que procede es regularizar la situación y reconducirla a Derecho, en el caso de que los padres ostenten la autoridad paterna de hecho, parece que el ordenamiento puede ser más tolerante con la situación, debido a los particulares vínculos que ligan a padres e hijos, y reconocerse por ello el ejercicio de tal potestad de hecho, con las consecuencias de permitir la constitución del PPD. Lo que no cabe es que los terceros insten la constitución de quien, sin ser padre, sea guardador de hecho del discapaz.

Lo que sí podría el guardador de hecho es ofrecer una aportación de bienes, como cualquier tercero, para la constitución, dirigiéndose al MF. Pero esta acción determinaría la puesta en marcha de los mecanismos ya explicados para la sustitución y extinción de la guarda de hecho. Aplicado el art. 299 bis, el MF o el defensor judicial podrá constituirlo en caso de urgencia o el Administrador judicial, si fue nombrado, concurren circunstancias excepcionales, tiene atribuida esa facultad y cuenta con la preceptiva autorización judicial.

¹⁴⁰ LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 42.

4. LA POSIBLE LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL Y DEL JUEZ, EN EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

Díaz Alabart y Álvarez Moreno admiten la posibilidad de que el defensor judicial, en los supuestos en que asuma funciones propias de tutor o curador, art. 299.2.º¹⁴¹ pueda constituir el PPD. Partiendo de que el Juez ha debido determinar las atribuciones concretas que se otorgan al defensor judicial (art. 302), éste podrá constituir el PPD en los mismos términos que el tutor (por sí mismo) o el curador (complementando la capacidad de obrar del discapacitado), del mismo modo que puede realizar cualesquiera otras funciones del tutor o curador (siempre que le hayan sido encomendadas)¹⁴².

Según Luna Serrano no parece que pueda plantearse una actuación del defensor judicial como constituyente del PPD, sobre la base de la existencia de un conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y su representante legal¹⁴³, art. 299.1.º CC, pero quizás tal imposibilidad no sea absoluta. En caso de plantearse el conflicto de intereses, por la vía del art. 300 CC se nombraría defensor a quien se estime más idóneo para el cargo¹⁴⁴ y posteriormente él procedería a la constitución del PPD con los bienes del menor. Nótese que el caso es diverso del supuesto en que un tercero solicita de los padres, tutor o curador, la constitución del PPD, ofreciendo una aportación de bienes suyos (no del menor), suficiente y aquéllos se niegan injustificadamente a la constitución.

¹⁴¹ Art. 299: «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

... 2.º En el supuesto de que por cualquier causa, el tutor o el curador, no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.» Se trata de que el tutor o curador nombrado no desempeña sus funciones, actuando aquí el defensor judicial de manera transitoria hasta tanto la tutela o curatela actúen plenamente.

¹⁴² DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 125 y 126, y GARCÍA PÉREZ, R.M. «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: SÁNCHEZ CALERO. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 148.

¹⁴³ LUNA SERRANO, Agustín. «El patrimonio protegido del discapacitado», en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional*. Coord.: Ignacio Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 111 y 112.

¹⁴⁴ En el caso del segundo supuesto del art. 299.1.º CC (tutela conjunta ejercida por ambos padres) si el conflicto de intereses existiere solamente con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. En el supuesto del art. 163 CC para los casos de conflicto de intereses entre padres e hijos menores, si el conflicto existiera sólo con uno de los progenitores, corresponderá al otro por ley, sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor o completar su capacidad. Se debe tener en cuenta, igualmente, el art. 237 bis CC. En todos estos casos el designado no actúa como defensor judicial sino que representa y ampara al menor o incapacitado en su calidad de padre o tutor. Sólo si no existen los designados por la ley, se procederá como señala el art. 300 CC.

Mención especial requiere el supuesto contemplado en el art. 299 bis CC, en que se designa un Administrador judicial en el seno del procedimiento de incapacitación. Como ya expusimos, cuando no haya constituida una institución de guarda legal, y el MF no haya sido el promotor del procedimiento de incapacitación, éste asume la representación y defensa del presunto incapaz, en juicio y fuera de él, pudiendo designar el juez un Administrador judicial de los bienes, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida. Si el MF inició el procedimiento, la defensa y representación del presunto incapaz corresponde a un defensor judicial, especialmente nombrado, que tiene las mismas atribuciones que el MF (art. 299 bis por analogía), pudiendo nombrarse, igualmente, un Administrador Judicial. El mencionado Administrador, dicen Díaz Alabart y Álvarez Moreno, no podrá constituir el PPD si el Juez no le ha otorgado esta atribución (art. 302 CC)¹⁴⁵. En efecto, así es. Como ya dijimos, para cualquier acto que exceda los meramente conservativos y de simple administración, el Administrador judicial, precisará de autorización judicial, sea o no de los comprendidos en los arts. 271 y 272 CC «pues en esta fase de tutela provisional solo procederá disponer de los bienes del futuro tutelado si concurre alguna circunstancia excepcional, que en todo caso deberá apreciar el Juez». Por tanto, podría pensarse que en el seno del procedimiento de incapacitación, tanto el MF o el defensor judicial, en cuanto tutores provisionales¹⁴⁶, como el Administrador judicial, si se le atribuyó esta facultad y se le autoriza, y siempre que se den las circunstancias de urgencia o excepcionalidad exigibles respectivamente en cada caso, pueden constituir el PPD.

En cuanto al Juez, algunos como López Galiacho, consideran que está legitimado para constituir el PPD, al margen del art. 3.2.2.º LPPD. Señala este autor que «entre los autorizados para constituir el PPD, aunque esta Ley no lo mencione expresamente, creemos que también el Juez puede ordenarlo en la sentencia de incapacitación y sobre los bienes preexistentes en el patrimonio del que va a ser incapacitado o que le aportan o aporten terceras personas. El art. 760 LEC 2000 declara, en la dirección que defendemos, que *la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, y de ahí que entendamos incluida la posibilidad de tal constitución*, bien porque durante el proceso se lo pidiera el MF, o el

¹⁴⁵ Cfr. DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad...*, op. cit., pp. 125 y 126, y GARCÍA PÉREZ, R.M.^a «Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado», en *Protección del patrimonio familiar*. Coord.: Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 148.

¹⁴⁶ Necesitarán autorización judicial.

discapacitado que va a ser incapacitado, o sus representantes legales o guardador de hecho o esos terceros con interés legítimo, o *bien porque el Juez de oficio lo considere necesario*. Al tratarse de un PPD especialmente desde el punto de vista fiscal, no hay que descartar que el Juez decida, por el bien del incapacitado, su constitución con todos o parte de los bienes y derechos del incapacitado, que basten para la atención básica de sus necesidades, que no olvidemos es el fin que persigue la Ley 41/2003. Incluso, entendemos que la constitución del PPD podía ser una de esas medidas cautelares que el art. 762, párrafo 1.º LEC, concede ampliamente al Tribunal competente sobre la persona y bienes del presunto incapaz.»¹⁴⁷.

A estos argumentos de López Galiacho hay que responder que si bien parecería que una constitución en la sentencia de incapacitación *solicitada por alguna de las personas que enumera*, tendría más amparo legal, (todos están legitimados por la LPPD para constituir el PPD o solicitar su constitución) una constitución de oficio, por el Juez, no tendría dicha apoyatura. Además supondría una prevalencia del principio de oficialidad propio del proceso de incapacitación sobre la idea de *iniciativa particular* (art. 3.2 LPPD) que preside la LPPD (el Juez sólo constituye el PPD si, ante la solicitud de un tercero con interés legítimo a los representantes legales o a los padres, en cuanto ostentan la patria potestad de hecho, éstos se niegan injustificadamente a la constitución y el tercero ha acudido al MF para que, instando del Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, éste resuelva sobre la justificación o no de la negativa, constituyendo el PPD el Juez si la considera injustificada) y un vaciamiento de la institución de guarda conferida por la propia sentencia, lo que no parece tener mucho sentido. Por otro lado, si el procedimiento de incapacitación que puede llevar a la constitución de la tutela, con la cual tiene alguna analogía la representación legal del administrador del PPD, no se inicia de oficio, sino a solicitud del MF o de las personas legitimadas en el art. 757 LEC 2000, la constitución de un PPD tampoco parece posible que pueda verificarse de oficio.

En este sentido acierta Amunátegui, que no cree posible la constitución del PPD de oficio en la sentencia de incapacitación. Cosa distinta –dice– es que el propio discapacitado en documento público notarial hubiese dispuesto, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, la constitución (art. 223 CC)¹⁴⁸. En tal caso, tal disposición vincularía al juez, art. 224 CC, salvo que el

¹⁴⁷ LÓPEZ GALIACHO PERONA, J. «Aportaciones a estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, año 81, n.º 687 (enero-febrero 2005), p. 44.

¹⁴⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capaci-

beneficio del incapacitado exigiese otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

En cuanto a la constitución del PPD a instancia de las personas que enumera López Galiacho, a pesar de que podría parecer inicialmente que tiene una mayor base legal, sin embargo, tampoco es posible. En efecto, la LPPD sólo faculta al Juez para la constitución en el caso del art. 3.2.2.º. Como dice GALLEGO DOMÍNGUEZ, la ley cierra el círculo de legitimados para la constitución y entre ellos no recoge al Juez que esté conociendo de un procedimiento de incapacitación o que resuelva el mismo¹⁴⁹. Por otro lado, como ha señalado Luna Serrano, el art. 760 LEC, en que quiere ampararse tal constitución, cuando habla de que *la resolución judicial determinará el alcance y la extensión de la incapacitación, se refiere únicamente a la modulación de la capacidad de obrar de la persona (en qué sector se le reduce o limita), siendo el trasunto procesal de los preceptos sustantivos del CC: art. 222.2.º, 267, 287, 289 y 290*. Pero no a la posibilidad de constituir un patrimonio *con una administración especial al margen de las reglas legales que rigen las instituciones de guarda de los incapacitados*.

En cuanto a la constitución del PPD como medida cautelar, hay que tener presente que medidas cautelares de orden patrimonial o personal pueden adoptarse, tanto cuando el proceso de incapacitación ha sido ya promovido, como antes de su incoación. El art. 762.1 y art. 762.2.1.º LEC harían referencia a la adopción de las medidas con carácter previo al procedimiento, bien de oficio por el Tribunal o a iniciativa del MF, e incluso de las personas legitimadas para promover el procedimiento, según propone DE LA OLIVA SANTOS, y el art. 762.2.2.º LEC haría referencia a la adopción de las medidas cautelares de oficio o a instancia de parte, durante la tramitación. Ya se adoptase la medida de constitución del PPD con carácter pre-procesal o intra-procesal, de oficio, o a solicitud de quien corresponda, coincidimos con Rivera Álvarez, en que ello no sería viable pues «en el caso de que no se produzca definitivamente la estimación de la situación [de incapacidad], derivaría en haber consentido la constitución de un PPD sin autorización del beneficiario»¹⁵⁰, resultado no deseado por el legislador (párrafo 3.º del Motivo III de la E de M de la LPPD). Además, como señala

dad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pp. 95 a 97.

¹⁴⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. Dirigido por JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ. La Ley. 1.ª Edición, Madrid, 2006, pp. 139, 140.

¹⁵⁰ Cfr.: RIVERA ÁLVAREZ, J.M.ª «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP* febrero 2006, pp. 91 y 92.

Luna Serrano, la vocación de permanencia que tiene el PPD, sería incompatible con la naturaleza de las medidas cautelares previstas en el art. 762, que a la vista de la propia redacción del precepto, tienen un marcado carácter de urgencia y provisionalidad.

5. CONSTITUCIÓN A INICIATIVA DE TERCERO SOLICITANTE CON INTERÉS LEGÍTIMO

5.1 *El tercero no es constituyente del PPD.*

La LPPD prevé que terceros con interés legítimo puedan solicitar del propio discapacitado, o de sus padres, tutores o curadores la constitución de un PPD. Por lo tanto, sujetos constituyentes serán el propio discapacitado, asistido en su caso por el curador, los padres, tutores y el Juez, en el caso previsto en el art. 3.2.2.º LPPD (negativa injustificada de los representantes legales a la constitución). Los terceros no son constituyentes. Es verdad que la E de M de la Ley, al ocuparse de la Administración del PPD, contempla la posibilidad de que el constituyente del PPD sea un tercero. Afirma: «Dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad, sea porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero». Y también es cierto que el considerar que el tercero es constituyente del PPD, parecería conforme con lo establecido en el art. 5.2.2.º de la Ley. En efecto, el art. 5.1 prevé que cuando el constituyente del PPD es el propio discapacitado con capacidad de obrar suficiente¹⁵¹, la Administración del PPD se sujeta a las reglas establecidas en el documento constitutivo. En los demás casos, dice el art. 5.2.1.º, las reglas de administración deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos en que el tutor la requiere respecto de bienes del tutelado. Y el art. 5.2.2.º especifica «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente». Ahora bien, la capacidad de obrar suficiente prevista en este último precepto es incompatible con la constitución del PPD por padres, tutores o con la asistencia del

¹⁵¹ Vid. Epígrafe III.1.

curador, por lo que el art. 5.2.2.º parecería referirse a casos de constitución del PPD por terceros.

Sin embargo, como dice Herbosa Martínez, teniendo presente que la LPPD es clara en cuanto a considerar que el tercero sólo puede instar la constitución del PPD, la dificultad interpretativa que plantea el art. 5.2.2.º debería resolverse en el sentido de que se refiere al caso de que los terceros hayan instado la constitución del PPD, caso que entraría en el art. 5.2.1.º, pero haciéndole la excepción prevista en el art. 5.2.2.º LPPD. El tercero, pues, no es quien realiza el negocio jurídico de constitución. En cambio, sí que realizaría el negocio jurídico correspondiente si prefiriera realizar una disposición a título gratuito sujeta a lo previsto en el art. 164.1.º o 227 CC.

El tercero ha de dirigir su solicitud, en primer lugar, al discapacitado si tuviere capacidad de obrar suficiente para la constitución (que por tal hay que entender la plena capacidad de obrar, la del emancipado con bienes no incluidos en el art. 323 CC o la del curatelado al que le permite constituir el PPD la sentencia de incapacitación). En defecto de ésta, deberá dirigir su solicitud a los padres del discapaz, y en su defecto, a los tutores o curadores. Los padres serán los que ostenten la patria potestad ordinaria, rehabilitada o prorrogada, o los que, extinguida la patria potestad por haber alcanzado el discapacitado la mayoría de edad, sigan ostentando una autoridad paterna de hecho sobre el mismo, no existiendo incapacitación judicial. En este sentido se pronuncia Marín Calero¹⁵². Surge la duda de si es imprescindible que el menor emancipado al que hay que complementar la capacidad porque constituiría el PPD con bienes del art. 323 CC aportados por el tercero, o el curatelado, al que la sentencia de incapacitación no permite constituir por sí sólo el PPD, preste su consentimiento o puede crearse el PPD contra su voluntad. Para Serrano García, no podría imponérseles un acto a título gratuito si ellos mismos no consienten¹⁵³.

Si padres, tutores y curadores pueden constituir el PPD a iniciativa de tercero con bienes aportados por éste, con mayor motivo podrán hacerlo con bienes propios, aportados por ellos mismos, máxime

¹⁵² Citado por SEDA HERMOSÍN. «Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...», *op. cit.*, p. 134. Nota 3.

¹⁵³ Cfr.: SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 400 y 401. Dice SERRANO GARCÍA que si el curador quiere constituir el PPD con bienes propios, como el curatelado no carece de capacidad y realiza actos por sí mismo, aunque asistido por el curador, no podrá imponérsele un acto a título gratuito si él mismo no lo consiente. La misma *ratio* se plantea cuando el que ofrece bienes es el tercero.

teniendo presente que el interés legítimo que se exige a los terceros concurrirá mayormente en el caso de estos guardadores legales¹⁵⁴.

El mecanismo de actuación algo complejo sería el siguiente:

Si el discapacitado tiene capacidad de obrar suficiente, los padres o el curador podrán ofrecerle bienes para la constitución como cualquier tercero. Si el discapaz no consiente en la constitución, nada podrá hacerse.

Si el discapacitado no tiene capacidad de obrar suficiente para la constitución, ello significa que estará sujeto a patria potestad, legal o de hecho, tutela o curatela. Si se trata de un menor o de un incapacitado sujeto a tutela, constituyen el PPD sus representantes legales, en cuanto tales, con los bienes propios que ellos mismos aportan como si fuesen terceros. Si se trata de un menor emancipado o un curatelado al que hay que complementar su capacidad insuficiente para la constitución, vuelve a plantearse si será imprescindible el consentimiento de éstos para llevarla a efecto. Pensamos que sí, ya que no podría imponérseles un acto a título gratuito contra su voluntad. Se plantea la duda de si los padres, *en cuanto familiares*, en el caso de estar sujeto el hijo a tutela o curatela de otros (p.e. del cónyuge que conviva con el tutelado o curatelado discapacitado, art. 234.2.º y 291.1.º CC), están legitimados para la constitución por sí mismos, con bienes propios. O deben ofrecer

¹⁵⁴ Como ya dijimos antes, pensamos que en el término «padres» empleado por el art. 3.1.b) y 3.2 LPPD, cabe subsumir las dos situaciones en que los padres, en cuanto tales, desplegarán una asistencia al discapacitado contemplada por el ordenamiento jurídico: la patria potestad y la patria potestad de hecho, en el sentido de autoridad paterna ejercida de hecho sobre el discapaz, cuando la patria potestad se extingue por haber alcanzado el discapaz la mayoría de edad, pero perdura su incapacidad natural, sin estar incapacitado por sentencia judicial.

Tanto en uno como otro caso, los padres estarán legitimados para constituir el PPD con bienes del discapaz, así como legitimados para constituirlo a iniciativa de tercero o con bienes propios. Aunque como regla hemos establecido que el guardador de hecho del disminuido psíquico no puede constituir el PPD, porque lo que procede es regularizar la situación y reconducirla a Derecho, en el caso de que los padres ostenten la autoridad paterna de hecho, parece que el ordenamiento puede ser más tolerante con la situación, debido a los particulares vínculos que ligan a padres e hijos, y reconocerse por ello el ejercicio de tal potestad de hecho, con las consecuencias de permitir la constitución del PPD. Lo que no cabe es que los terceros insten la constitución de quien, sin ser padre, sea guardador de hecho del discapaz. La ley no ofrece apoyatura legal para sostener otra posición y, si por hipótesis consideramos que el PPD es un patrimonio separado, teniendo presente que tales patrimonios son de creación legal, es decir, no creables en virtud de la autonomía de la voluntad, parece que habrá que ajustarse a la letra de la ley.

En cuanto al guardador de hecho no puede constituir ni con los bienes del discapaz ni con sus propios bienes un PPD en beneficio del discapacitado que guarda.

Sí podría el guardador de hecho ofrecer una aportación de bienes, como cualquier tercero, para la constitución, dirigiéndose al MF. Pero esta acción determinaría la puesta en marcha de los mecanismos ya explicados para la sustitución y extinción de la guarda de hecho. Aplicado el art. 299 bis, el MF o el defensor judicial podrá constituirlo en caso de urgencia y el Administrador judicial, si fue nombrado, concurren circunstancias excepcionales y tiene atribuida esa facultad.

bienes, como cualquier tercero, para que sea el representante legal el que constituya el PPD, en lugar del hijo, o junto con el hijo. Si optamos por la primera solución, esta posición nos puede conducir al resultado de que los padres, por propia iniciativa y al margen del tutor o curador, constituyan un PPD con bienes propios, y el tutor o curador decida constituir otro, con los bienes del discapaz o sus propios bienes. En principio podría pensarse que nada obsta a que el discapacitado sea titular de varios PPD, y que hay que dejar abierta la posibilidad a que los padres, durante su vida, puedan en cualquier momento beneficiar a su hijo discapacitado. Pero si analizamos la cuestión con mayor profundidad, no parece que sea prudente multiplicar el número de representantes legales del discapaz. Ello dificultaría el tráfico jurídico porque crearía confusión y podría ser incluso perjudicial para el discapaz (los terceros podrían realizar actos con un representante legal que no era el correspondiente). Quizás por ello diga Herbosa Martínez que no cabe crear más de un PPD con el mismo titular. Por lo tanto, los padres, en las circunstancias descritas, deberán ofrecer bienes para la constitución como cualquier tercero.

5.2 *El tercero ha de ostentar un interés legítimo.*

La LPPD señala que el tercero ha de ostentar un interés legítimo. Esta exigencia no se encontraba inicialmente en el Proyecto de Ley sino que fue introducida posteriormente. Durante la tramitación en el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas que abogaban por la inclusión de tal requisito, por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda n.º 18) y de Izquierda Unida (enmienda n.º 2). Éstos justificaban la introducción de tal requisito en los términos siguientes:

– Enmienda n.º 2 del Grupo IU: *«Acotar como medida de control a las personas con un interés legítimo que puedan solicitar de la persona con discapacidad o de quien le representa en caso de que no tenga capacidad, para constituir un patrimonio protegido. De esta forma se evitarían posibles situaciones fraudulentas de terceras personas movidas por intereses ajenos a los de la persona discapacitada o incapaz.»*

– Enmienda n.º 18 del Grupo Socialista: *«Se adiciona en el apartado 2 la expresión «con interés legítimo» para acotar las personas que pueden pedir la creación de un patrimonio protegido, evitando con ello las posibilidades de que se cobijen bajo esta previsión una ola de filántropos con fines más o menos espurios.»*

Ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a presentar una enmienda con el mismo tenor literal (enmienda n.º 8)¹⁵⁵ ¹⁵⁶.

Rubio Torrano critica la inclusión legal de esta precisión puesto que, en su opinión, nada añade y puede dar lugar a complicaciones. Considera que el simple ánimo de liberalidad encaminado a favorecer al discapacitado debe considerarse sin más como fundante de un interés legítimo¹⁵⁷. Coincide con Rubio Torrano, García Pérez¹⁵⁸ y López Galiacho¹⁵⁹. Sin embargo, ya hemos visto como la voluntad del legislador es acotar el número de terceros que pueden instar la constitución del PPD, por lo que por interés legítimo ha de entenderse un interés diverso del mero ánimo de liberalidad. En este sentido Díaz Alabart y Álvarez Moreno consideran que es precisa la existencia de un interés legítimo al margen del ánimo de liberalidad.

A la objeción de Rubio Torrano y demás autores que coinciden con él, hay que responderles que la exigencia de interés legítimo no es superflua. Hay que tener presente que la solicitud que dirige el tercero (en principio, alguien diverso de los padres, tutor o curador) de que se constituya un PPD, supone interferir en una esfera de actuación ajena; en el desarrollo por dichas personas de sus derechos y obligaciones respecto de la persona del discapacitado y sus bienes, personas que hasta el momento no han juzgado conveniente la constitución del PPD. O, si el discapacitado tiene capacidad de obrar suficiente, en su esfera de actuación. Por ello la existencia del interés legítimo, al mismo tiempo que limita las posibilidades de intervención en la esfera jurídica ajena, permite fundamentar jurídicamente dicha intervención. Por otro lado, la constitución de un PPD genera unos gastos y pone en marcha todo un mecanismo de administración especial de los bienes, que si no ha partido de la iniciativa particular de quien es discapacitado o de quienes tienen unos deberes jurídicos de asistencia de aquél, deberá partir de quien puede alegar la existencia de un interés legítimo en promover la constitución. Además, el mero hecho de instar la constitución pone a los guardadores legales en la tesitura de justificar su negativa a la constitución, es decir, les coloca en una situa-

¹⁵⁵ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 154-5, 10 septiembre 2003. BOCG, Senado, serie II, núm. 152.d., 13 octubre 2003.

¹⁵⁶ Cfr.: GALLEGU DOMÍNGUEZ. «Aproximación al patrimonio protegido...», *op. cit.*, pp. 136 y 137.

¹⁵⁷ RUBIO TORRANO. «El patrimonio del discapacitado», en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (Coord. Bello Janeiro), Santiago de Compostela, Escola Gallega de Administración Pública, 2005, pp. 328 y ss.

¹⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, R. «Tutelaridad y sujetos constituyentes...», *op. cit.*, pp. 149 y 150.

¹⁵⁹ LÓPEZ-GALIACHO P. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido...», *op. cit.*, p. 43.

ción incómoda, de una cierta coerción, por lo que ello deberá tener una legítima justificación. Finalmente, como se señalaron en las enmiendas antedichas, se hace preciso limitar el número de terceros que pueden constituir el PPD exigiendo en los mismos un interés legítimo para evitar que terceros se cobijen bajo la previsión del art. 3.2 con fines fraudulentos o espurios.

Para Serrano García, además de las personas mencionadas en el art. 3 de la Ley, de poner en relación, el art. 15 y 16 LPPD con el art. 3.2, resulta que tienen ese interés legítimo para la constitución del PPD quienes tienen con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive; su cónyuge y aquellos que lo tienen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento [familiar] (art. 15.4 en relación con art. 3.2 LPPD). Igualmente, los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, siempre que vayan a efectuar la aportación a favor de su empleado discapacitado o a favor de un discapacitado que tiene con su empleado determinada relación. Por lo tanto, siempre que lo hagan en beneficio de los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, cónyuge o persona a cargo de su empleado en régimen de tutela o acogimiento [familiar] (art. 3.2, 15.2 y 4 y art. 16 LPPD). En estas personas –dice– el interés legítimo es además un interés legal¹⁶⁰.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades según el art. 7, 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, incluye entes de muy variada condición. Podría pensarse que hay que presumir la existencia de un interés legítimo en los mismos por el hecho de que la Ley les da la posibilidad de efectuar aportaciones y beneficiarse fiscalmente de deducciones. Sin embargo tal presunción no puede establecerse, pues los intereses que pueden llevar a esos entes a efectuar las aportaciones, como vio en su día el legislador, pueden ser del todo ajenos al beneficio del discapacitado. Es decir, no por el hecho de poderse desgravar fiscalmente si se verifica la aportación, hay que pensar que el sujeto tiene interés legítimo en efectuarla. Máxime si el tercero pudiese, que no puede, establecer las reglas de administración para los bienes que aporta¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cfr.: SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 396 a 398.

¹⁶¹ Según DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, parece razonable que puedan hacerlo, en cuanto a los bienes o derechos objeto de su aportación, por dos motivos: porque aporta bienes propios y por analogía con el art. 227 CC. Sin embargo, analizadas las cosas más despacio hemos de defender la posición contraria a la expuesta. Si bien es cierto que el tercero solicitante puede determinar el destino final de los bienes propios aportados

En consecuencia, por interés legítimo hay que entender, un interés próximo y directo (no remoto ni indirecto) *que mire directamente al bien del discapaz*. Lógicamente ese bien lo mirarán más quienes tienen con él una relación de parentesco o deberes de asistencia por el desempeño de funciones tutelares. Ello nos conduce a presumirlo en quienes tienen con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive (con mayor motivo, si tienen obligación de alimentos respecto del discapaz); su cónyuge y aquellos que lo tienen a su cargo en régimen de tutela, [curatela], o acogimiento familiar. En cuanto al *empleador del discapaz deberá probar que con su aportación pretende remediar una carencia del empleado o facilitarle mejor el desenvolvimiento del trabajo* (p.e. realiza una aportación de un coche adaptado a las necesidades del discapaz para que pueda acudir al trabajo en el mismo, en lugar de en medio público). Igualmente, si hace la aportación en beneficio de los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, cónyuge o persona a cargo de su empleado en régimen de tutela o acogimiento [familiar] (art. 3.2, 15.2 y 4 y art. 16 LPPD). Existiría así un límite en cuanto a las personas que los empleadores pueden beneficiar, dado que más allá de las indicadas, se hace más difícil la concurrencia de un interés legítimo, por ausencia de una particular relación con las mismas.

En cuanto a otros entes: organismos de beneficencia, fundaciones, ONG's, residencias que acogen a los discapacitados... deberán probar que en sus fines estatutarios se encuentra la ayuda a discapacitados y que efectivamente van a cubrir una carencia que padece el discapaz.

5.3 *El tercero ha de ofrecer una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para el fin de la constitución.*

Señala el art. 3.2 que «cualquier persona con interés legítimo *podrá solicitar* de la persona con discapacidad o, en caso de que no

(art. 4.3), no puede tener el poder de fijar cómo ha de llevarse a cabo la administración de los bienes, pues en ello podrían mezclarse intereses personales, de manera que la administración se desviase de su fin de atender las necesidades vitales del discapaz y la productividad del PPD. No parece razonable además que uno pueda desgravarse por efectuar una aportación y al mismo tiempo pueda controlar el uso y disposición que se hace de tal aportación. *Para garantizar que el interés que se busca es legítimo y beneficioso para el discapaz, la aportación ha de ser absolutamente liberal en el sentido de producirse un total desprendimiento del tercero aportante respecto de la misma, desprendimiento que no se daría si el tercero controlase su administración.* Como dijimos antes, el tercero interfiere en la esfera jurídica ajena y es preciso que esa intervención quede limitada estrictamente a la promoción de la constitución, no a la vida posterior del PPD que se constituya. Finalmente, la ley no prevé que el tercero tenga tal poder, a diferencia de lo que ocurre con la fijación del destino de la aportación, una vez extinguido el patrimonio.

tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, *la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*» [o sea, para la constitución].

La doctrina ha hecho una lectura del art. 3.2 LPPD entendiendo que el fin es la satisfacción de las necesidades vitales del titular. Y en efecto, a ello están afectos los bienes y derechos integrantes del PPD que se constituya como señala el art. 5.4 de la Ley. Pero de ahí no cabe deducir que la Ley esté exigiendo una aportación que sirva para cubrir todas las necesidades vitales del beneficiario durante toda su vida, sino que basta con que la aportación tenga una entidad suficiente para con ella constituir el PPD, *patrimonio que ha de perdurar durante toda la vida del discapacitado, o por lo menos, mientras éste mantenga la condición de discapacitado*, con arreglo al art. 2.2 Ley, (puesto que la Ley no prevé la extinción del PPD por consumo del mismo) y con ella cubrir alguna necesidad vital del beneficiario¹⁶². Son pues estas dos consideraciones (duración del PPD a lo largo de la vida del discapacitado, y satisfacción de, al menos, una necesidad vital) las que deberán tenerse en cuenta a la hora de considerar suficiente una aportación. Con relación a la primera, habrá que atender a la edad, estado de salud general, intensidad de la discapacidad, etc.¹⁶³.

Podemos afirmar que el legislador acertó al no aceptar la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán para que se suprimiese el carácter suficiente de la aportación ofrecida por el tercero¹⁶⁴. Se alegaba que «no es conveniente establecer limitaciones a la hora de constituir el patrimonio protegido. Debe tenerse en cuenta que el patrimonio protegido inicialmente constituido, aunque en principio sea de escasa cuantía, puede ser incrementado mediante aportaciones sucesivas.» Pero como éstas es inseguro que se produzcan resulta imprescindible que la aportación inicial baste, al menos, para satisfacer una necesidad vital del discapacitado durante toda su vida, como hemos indicado antes. Es decir, sea suficiente a los fines de la constitución. No compartimos, pues, la opinión de Seda Herмосín cuando se pre-

¹⁶² Dice SERRANO GARCÍA, hablando de la expresión utilizada por el legislador «necesidades vitales» que la palabra *vitales*, se le antoja un exceso del legislador, porque con *necesidades* ya estaba dicho todo. Vitales puede entenderse por *vitalicias*, en el sentido de que tienen que procurar el mantenimiento de la persona durante toda su vida. Sería semejante a la expresión *vitalicia* referida al contrato de renta *vitalicia*.

Pero no creo que sea este el sentido que hay que dar a la expresión de la LPPD, porque no me parece en absoluto necesario que los bienes aportados sean de cuantía suficiente para atender las necesidades de toda la vida. Creo que se puede constituir un patrimonio con una aportación que resuelva sólo una parte de las necesidades. (Conversación privada)

¹⁶³ Cfr.: DÍAZ ALABART, Silvia. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*. Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 130 a 132.

¹⁶⁴ Enmienda n.º 42, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 154-5, de 10 de septiembre de 2003.

gunta por qué no va a admitirse una aportación, en principio, insuficiente, que en el futuro se complete con otras posteriores¹⁶⁵.

Cabría preguntarse si la exigencia de que la aportación sea suficiente implica establecer límites cuantitativos a la aportación. Es decir, si ésta no debería exceder de lo imprescindible para satisfacer las necesidades del beneficiario durante toda su vida. En efecto parece que debe existir dicho límite, pues si bien es difícil hacer un cálculo de las necesidades del beneficiario durante toda su vida, tampoco es imposible establecer una aproximación atendiendo a la edad, estado de salud general, intensidad de la discapacidad, etc. Es decir, fijar un cálculo probable. Los límites a la aportación vendrían dados por la satisfacción de tres clases de necesidades al nivel de un ciudadano medio: necesidades que reporten utilidades, satisfacciones culturales y satisfacciones recreativas. El imponer límites a la aportación garantiza que con ella no se persiguen fines diversos de aquellos que fija la Ley para el PPD en el art. 5.4.

Aprecia la suficiencia e insuficiencia de los bienes las personas que deben constituir el PPD y el Notario, que puede negarse a otorgar el documento constitutivo si aprecia lo irrisorio de la aportación. Ante la negativa a constituir el PPD por falta de suficiencia, el tercero podrá acudir al MF, quien deberá poner el hecho en conocimiento del Juez, e instar de éste lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. El Juez, en última instancia, resuelve sobre la constitución. Si es el propio discapacitado el que se niega a la constitución por falta de suficiencia de la aportación, no cabe recurso alguno contra su negativa¹⁶⁶.

Aunque la suficiencia de la aportación inicial sólo es exigida por la Ley en el caso de que los terceros insten la constitución del PPD, hay que entender que la misma es exigible en cualquier otro caso de constitución, debiendo ser el Notario el que valore la suficiencia de la aportación. Ante la negativa de éste a constituir el PPD por insuficiencia de la dotación inicial, cabría obtener una declaración judicial de suficiencia a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (Disp. Adic. 1.^a de la LPPD) en el que será oído el MF (art. 7.1 LPPD)¹⁶⁷.

Díaz Alabart y Álvarez Moreno, consideran que el art. 3.2 no exige que los bienes ofrecidos hayan de ser propiedad del tercero solicitante, sino que se podrían indicar bienes de los que sea titular

¹⁶⁵ SEDA HERMOSÍN. «Protección por terceros: constitución del patrimonio separado...», *op. cit.*, p. 137

¹⁶⁶ SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.^a Edición. Madrid, 2008, pp. 396 a 398.

¹⁶⁷ GARCÍA PÉREZ, R. «Titularidad y sujetos constituyentes...», *op. cit.*, p. 150.

el propio discapacitado, para que se incluyan en el PPD o incluso incorporar otros bienes ajenos (fruto de una colecta, subvención). Si bien no existe inconveniente en esto último, no parece razonable que el tercero pueda obligar al propio discapaz o a sus representantes legales a incorporar bienes del patrimonio personal del discapacitado al PPD. Su capacidad de influir en la esfera jurídica ajena es impensable que alcance a tal cosa. Los bienes o derechos que se aporten, pues, han de ser de la titularidad del aportante.

La aportación inicial de bienes, puede ser ofrecida tanto por acto *inter vivos* (donación) como *mortis causa* (testamento)¹⁶⁸.

Además los bienes y derechos que integren la aportación efectuada por el tercero¹⁶⁹ han de ser *adecuados*. Serrano García entiende por bienes adecuados bienes fructíferos o que proporcionen una utilidad de uso. En este sentido, señala, puede haber bienes no fructíferos que, no obstante, generen gastos fiscales y que no tengan la consideración de adecuados como joyas, cuadros, una biblioteca¹⁷⁰. Sin embargo, como él mismo reconoce, no es imposible que el patrimonio consista en un fondo que se vaya consumiendo a medida que lo necesite la persona y que no produzca. Ello nos lleva a la conclusión de que también podrían ser adecuados bienes no fructíferos¹⁷¹ y en general, cualquier bien, incluso los excluidos más arriba, en cuanto que pueden ser objeto de sustitución subrogatoria, por dinero u otros bienes fructíferos o útiles. Se exceptúan de la consideración de adecuados los bienes y derechos personalísimos o intransferibles del tercero.

Todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del PPD.

5.4 Aceptación y negativa a la constitución del PPD.

Según Martínez Díe nada obsta a que la solicitud, ofrecimiento y constitución [y aceptación] se formalicen en una sola escritura¹⁷².

En el caso de que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente para la constitución, ésta requiere su consentimiento

¹⁶⁸ GARCÍA PÉREZ, R. «Titularidad y sujetos constituyentes...», *op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁹ O por el discapaz, o sus representantes legales, o padres que ostenten la patria potestad de hecho, en caso de constitución al amparo del art. 3.1.a) y b) o 3.2 LPPD.

¹⁷⁰ SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel. 1.ª Edición. Madrid, 2008, pp. 396 a 398.

¹⁷¹ La Ley no exige que los bienes produzcan frutos de manera periódica. Pueden producirlos, por la venta de los mismos y reinversión en una cosa fructífera.

¹⁷² MARTÍNEZ DÍE, R. «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Coord.: Garrido Melero, M. y Fugardo Estiviél, J.M. T. II. Bosch, S.A, p. 188.

expreso. Una negativa del mismo, cierra las posibilidades de constitución a instancia de tercero (motivo III de la E de M de la LPPD, párrafo 3.º). Según reza la vieja máxima, no cabe otorgar un beneficio en contra de la voluntad del beneficiario.

Si no tiene capacidad suficiente para la constitución, corresponde a los padres o tutor, en su representación, aceptar y constituir el PPD o rechazar la constitución. Si los dos padres del discapacitado ejercen la patria potestad, ambos deberán aceptar o rechazar el ofrecimiento. Igualmente, si ejercen ambos la patria potestad de hecho. En caso de existir varios tutores, se estará a lo previsto en los arts. 237 y 237 bis del CC¹⁷³.

El curador asistirá al curatelado para que realice tal aceptación o rechazo¹⁷⁴. Gallego Domínguez considera que en este caso, sobre la base de una interpretación sistemática de las normas, la solución ante la negativa a la constitución debería ser la misma prevista para el caso de que el discapacitado con capacidad de obrar suficiente se niegue a la constitución, ya que es la persona sujeta a curatela quien actúa en el tráfico jurídico, con las necesarias asistencias, y no el curador¹⁷⁵.

Podrían plantearse problemas si el discapacitado es favorable a la constitución y el curador contrario a la misma. En tal caso, la doctrina ha señalado que procede solicitar la decisión del Juez, procediéndose, en su caso, a una constitución judicial, previa audiencia del MF (art. 7.1 LPPD).

Cuando los padres o el tutor, se nieguen injustificadamente a la constitución, el tercero solicitante puede acudir al Ministerio Fiscal quien, en todo caso, solicitará del Juez lo que proceda¹⁷⁶, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, siendo el Juez en última instancia el que se pronuncie acerca de la justificación o no de la negativa. Si la atribución de bienes se ha hecho *mortis causa*, es claro que el tercero promotor habrá fallecido, por lo que no podrá acudir al MF ante la negativa injustificada que pueda verificarse. En tal caso, acudirán al MF el albacea testamentario (art. 902.3 CC) o los herederos¹⁷⁷.

Si el juez entiende injustificada la negativa, constituirá él mismo el PPD mediante Auto, conteniendo éste los extremos previstos

¹⁷³ GALLEGO DOMÍNGUEZ. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado...», *op. cit.*, p. 138.

¹⁷⁴ SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 396 a 398.

¹⁷⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ. «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado...», *op. cit.*, pp. 138 y 139.

¹⁷⁶ DÍAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*. Ibermutuamur. Madrid, 2004, pp. 130 a 132.

¹⁷⁷ GALLEGO DOMÍNGUEZ. Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado..., *op. cit.*, p. 138.

como contenido mínimo en el art. 3.3 LPPD. Esta solución es la que prevé la Ley. Por ello no compartimos la que propone Serrano García, según el cual, el Juez *podrá ordenar la constitución notarial del PPD*, señalando quién será el administrador y qué facultades tendrá.

Desde el punto de vista formal, lo más adecuado sería protocolizar la resolución judicial (Díaz Alabart y Álvarez Moreno).

El procedimiento judicial adecuado para estas actuaciones, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2003 es el expediente de jurisdicción voluntaria, regulado aún por la LEC 1881.

El tercero podrá señalar el destino ulterior de los bienes para caso de extinción del PPD por las causas del art. 6.1, dado que el art. 4.3 no distingue entre aportaciones hechas en un momento inicial o en otro posterior (Herbosa Martínez).

Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado *

JOSÉ MARÍA MARTÍN OVIEDO

Secretario General del Consejo de Estado de España

RESUMEN

El autor examina las dos acepciones del término codificación para detenerse en el análisis de la primera: la codificación como fenómeno histórico.

Se examinan seguidamente los fundamentos ideológicos, los dos modelos prototípicos de codificación (el francés y el alemán) y la expansión del primero en Iberoamérica para concluir con algunas reflexiones acerca del valor de la codificación.

ABSTRACT

The author examines the two meanings of the term coding to stop at the first analysis: coding as a historical phenomenon.

The ideological fundamentals, the two prototypical models of codification (french and german) and the expansion of the first one in Iberoamerica are examined as follows, to conclude with some reflections on the value of codification.

SUMARIO: 1. Las dos acepciones del término *codificación*. 2. Los fundamentos ideológicos de la codificación. 3. La codificación civil francesa. 4. La codificación civil alemana. 5. La onda expansiva de la codificación francesa. El caso singular de Iberoamérica. 6. El valor de la codificación.

* Intervención en el XV Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Medellín (Colombia), el 17 de septiembre de 2009.

1. LAS DOS ACEPCIONES DEL TÉRMINO *CODIFICACIÓN*

Cuando entre juristas hablamos de *codificación*, lo hacemos en dos acepciones o con dos significados diferentes. En el primero nos referimos al *fenómeno histórico* de la codificación, un movimiento que tuvo su base, durante el siglo XIX, en la confluencia de los presupuestos ideológicos del iusnaturalismo racionalista y del liberalismo burgués. El otro significado alude a una *técnica de sistematización y actualización* de las normas que integran el Derecho positivo.

Desde el punto de vista histórico, pero también desde una perspectiva ideológica y política, es sin duda la acepción primera la que ha merecido y sigue mereciendo una mayor atención.

2. LOS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DE LA CODIFICACIÓN

Según acabo de adelantar, la codificación, que ha sido un fenómeno histórico de origen europeo pero extendido luego a otros continentes (singularmente, al americano, por influjo directo de España y de Francia), fue el resultado de la unión de dos factores: el iusnaturalismo racionalista y el liberalismo burgués.

Hemos dado en calificar como *iusnaturalismo racionalista* a aquella corriente doctrinal, iusfilosófica, cuya afirmación de base es la existencia de un Derecho natural que, a diferencia del que defendía la corriente anterior (la llamada *escuela española de Derecho natural*), no procede de Dios sino de la naturaleza humana. El Derecho es, en su sustancia, un producto de la *razón*, el resultado de aplicar ésta a las relaciones sociales. Esta idea base tiene como corolarios en el plano social y jurídico el reconocimiento del hombre como ser en la sociedad (Grocio, Puffendorf) y la idea del pacto como fundamento de la sociedad política (*pactum unionis* y *pactum subjectionis*).

El *liberalismo* que recibe el apelativo de *burgués* se refiere a una corriente doctrinal, bien pronto convertida en movimiento político y social, que pretende establecer el predominio de los derechos individuales del ciudadano sobre los derechos del Estado y también sobre los derechos de la nobleza, que había sostenido el *ancien régime*. No en último término, en varios países europeos importantes (Alemania, Italia) sirvió también para defender un Estado nacional frente a la pluralidad de unidades políticas de la etapa anterior.

La influencia recíproca entre el iusnaturalismo racionalista, junto con la corriente concreta de la *Ilustración*, y el liberalismo

burgués trajeron como más importantes consecuencias en el plano de las formas políticas y jurídicas el establecimiento de una norma suprema, la *Constitución*, y la creación de ordenamientos de Derecho positivo según las grandes ramas del Derecho, plasmados en los *Códigos*.

3. LA CODIFICACIÓN CIVIL FRANCESA

El prototipo de la codificación está representado por Francia, la Francia posrevolucionaria de Napoleón. Éste pudo decir, sin exageración, que *mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo eclipsará el recuerdo de tantas victorias. Lo que no será borrado, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil*. Cierto que la labor codificadora emprendida por el Emperador produjo además otros cuatro Códigos (de Comercio, Penal, Procesal Civil y Procesal Penal), pero ninguno de éstos alcanzará la gloria y el influjo que el *Code Civil des Français* alcanzó en la mitad del mundo civilizado del siglo XIX. Napoleón no exageró en la frase citada, ni tampoco en esta otra: *Tan solo mi Código, por su sencillez, ha hecho más bien en Francia que la masa de todas las leyes que me precedieron*.

¿Cuál es el significado profundo de la codificación civil francesa? Expresado en términos simples, el haber conseguido dotar a Francia, a toda Francia, con unas normas de Derecho positivo uniformes. Esto, que hoy puede parecer obvio en todos los Estados nacionales, con las particularidades de aquellos que tienen estructura federal o autonómica, no era la situación que existía bajo el Antiguo Régimen. En el caso concreto de Francia se estiman en 14.000 los decretos en vigor, algunos compilados en Códigos regionales, lo que hizo exclamar a Napoleón, delante de Talleyrand, que *somos una nación con 300 códigos de leyes pero sin leyes*.

La unificación legal es, pues, uno de los distintivos de la codificación, que Francia exportará a todo el mundo. Pero hay otra característica, si cabe más fundamental: la transformación de las viejas leyes en preceptos inspirados en los principios republicanos; es decir, los principios que habían establecido la Revolución francesa y los períodos inmediatos siguientes, en especial el propio Imperio napoleónico. Es cierto que los cuatro redactores del proyecto de Código Civil reciben el mandato de refundir en un solo texto legal el cúmulo de la tradición jurídica francesa. Pero a medida que el texto avanza, sobre todo en las discusiones en el seno del Consejo de Estado, se van incorporando –en gran parte, por obra personal de Napoleón– principios como la libertad individual, la libertad de

trabajo, la libertad de conciencia y el laicismo del Estado, que formaban parte del núcleo de los principios revolucionarios.

4. LA CODIFICACIÓN CIVIL ALEMANA

Si al aprobarse el *Código de Napoleón* Francia era una nación, formada ya durante el período de la monarquía absoluta, Alemania carecía propiamente de ese nombre y de ese calificativo y, a la hora del Tratado de Westfalia (1643), estaba formada por centenares de *Estados imperiales*, agrupados en una estructura cada vez más virtual, el *Sacro Imperio Romano Germánico*. Fue precisamente la acción militar de Napoleón en los territorios de aquel antiguo Imperio la que, tras la derrota de Waterloo (1815), fortaleció el Reino de Prusia, dotándole de nuevos y más amplios territorios (Congreso de Viena, 1814-1815) y colocándole en la tesitura inevitable de forjar un Estado moderno, que supusiera además la desaparición de los viejos Estados alemanes. Tras vicisitudes bien conocidas, en 1871 se proclamó el Imperio Alemán.

Una vez que el Imperio Alemán recuperó de los Estados miembros el poder legislativo en materia civil («*Lex Miquel-Lasker*» de 1873), se aceleraron los trabajos para crear un Código Civil que se aplicase sobre todo el territorio del nuevo Estado. Tras de varios proyectos, el definitivo recibió la aprobación del Parlamento en 1896. Si el *Bürgerliches Gesetzbuch*, que es su nombre oficial (abreviado como *BGB*), se aplicaba a todo el territorio del Imperio, la semejanza con el Código civil francés terminaba prácticamente ahí. Nada de principios revolucionarios, nada de revisión de los viejos Derechos feudales, aunque sí unificación de los mismos en base a un esquema teórico y hasta profesoral, la *pandectística*, bien diferente del esquema clásico romano o *de Gayo* que había seguido el Código francés.

Pero lo que más resonancia tendría, entonces y después, sería la famosa polémica «*Thibaut/Savigny*» en torno al hecho mismo de la codificación, a la que precedió. El primero defendía, al frente de la *escuela filosófica*, la legitimidad e incluso la necesidad de preparar una ley común para el nuevo Imperio, aún en ciernes, alegando que tanto el Derecho romano como el alemán eran confusos y no se adaptaban a las necesidades de su tiempo. Savigny, cabeza de la *escuela histórica*, exigía con vehemencia la conservación de los Derechos históricos, se revelaba contra el *Derecho de juristas* y también contra una concepción en que la *ley* era la fuente exclusiva del Derecho. Y por estas razones alababa los primeros Códigos germánicos, que en realidad eran recopilaciones ordenadas de los Derechos locales: Códigos de Prusia (1795) y Austria (1777).

5. LA ONDA EXPANSIVA DE LA CODIFICACIÓN FRANCESA. EL CASO SINGULAR DE IBEROAMÉRICA

A estas alturas sabemos que la confrontación legislativa y profesoral que llenó páginas y horas durante la primera mitad del siglo XIX se decantó de modo abrumador por el modelo codificador francés. El *B.G.B.* alemán ha servido de modelo a contados países: el área germánica (Liechtenstein, Suiza –¡pero no Austria!–), dos europeos (Grecia y Turquía) y algunos asiáticos (República Popular China, Japón –después de un repentino abandono del modelo francés– y Corea del Sur). Con la excepción de los países anglosajones del *common law*, el *Code Napoléon* ha sido fuente de inspiración e incluso de copia en más de media Europa y en la casi totalidad de los países iberoamericanos.

Iberoamérica –ustedes lo saben mejor que yo– representa un caso singular, con notas propias, a su vez, en cada país. Las fechas de aprobación del Código Civil francés (1804) y de aprobación de la Constitución española de Cádiz (1812), en la que se establece que *El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía* (artículo 258)¹, son contiguas al inicio del fenómeno independentista de España.

Como ha afirmado el experto colombiano Fernando Mayorga, *la revolución de independencia alteró desde el primer momento las bases del Estado al eliminar la dependencia de España y al erigir un nuevo gobierno regido por normas que, acomodándose a la nueva situación política, fueron creando un sistema distinto del anterior. Sin embargo, no todo el sistema jurídico cambió de inmediato: al contrario, gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante buena parte del siglo XIX, hasta que paulatinamente quedó derogado totalmente*².

La singularidad de la situación de Iberoamérica procede del hecho, sin precedentes ni subsecuentes históricos, de que es la misma revolución liberal y burguesa que acaece en España la que inicia al otro lado del Atlántico el proceso de independencia de la metrópoli. Un Decreto de las Cortes de Cádiz de 15 de octubre de 1810 estableció la igualdad de representación y de derechos entre los americanos y los peninsulares. Otras decisiones de esta época inicial del constitucionalismo español se encaminaron de modo directo al entramado colonial: abolición del tributo indígena,

¹ El texto obedece a una proposición de ley del diputado Espiga y Gadea que fue aprobada un año antes que la propia Constitución.

² MAYORGA, Fernando: «Codificación de la legislación en Colombia. Procesos de unificación del sistema jurídico», *Revista Credencial Historia*, Bogotá, n.º 148, abril de 2002.

de la encomienda de reparto, de la mita, de la matrícula de mar, de los mayorazgos americanos y también de la libertad de cultivo, de comercio, de pesca, de industria, de desestanco del tabaco y habilitación de puertos para el comercio.

La Constitución española de 1812 fue jurada en toda la América hispana y tenía vocación expresa, puesto que arrancaba con la definición de la Nación española como *la reunión de los españoles de ambos hemisferios* (artículo 1). Pero es que además en su redacción participaron diputados de las Américas, parte de los cuales desempeñaron papeles semejantes y trascendentes en la independencia de las nuevas Repúblicas. Los avatares del cumplimiento del texto en América tuvieron bastante semejanza, e incluso origen, con los que sucedieron en España con la lucha y los vaivenes entre el régimen absolutista y el liberal.

La aplicación del Derecho anterior y la formación del nuevo en los países que irían surgiendo siguieron un proceso semejante. Como indica Mayorga, a quien acabo de citar, *gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante buena parte del siglo XIX, hasta que paulatinamente quedó derogado totalmente*. Lo dicho vale para la legislación civil, aunque en esta rama con la particularidad de que España no contaría con un Código Civil, que sustituyera a las compilaciones anteriores, la *Nueva* (1567) y la *Novísima Recopilación* (1805), hasta la tardía fecha de 1889. Para entonces, la práctica totalidad de las nuevas Repúblicas contaba con Códigos civiles.

Contra lo que es corriente afirmar sin un estudio profundo, los Códigos Civiles de los territorios españoles de América ya independizados se inspiran en mayor medida en las leyes y recopilaciones españolas que en el Código Civil francés, del que toman, sin embargo, la estructura. Sin detallar otras situaciones algo diferentes, el paradigma de este fenómeno fue el Código Civil chileno (1855), elaborado de manera prácticamente personal por Andrés Bello. Salvo en materia de *obligaciones y contratos*, en lo que sigue al francés, Bello echó mano de todos los materiales legales disponibles en la época (Códigos de Baviera, Prusia, Austria, Lousiana, Cerdeña...) y consultó la doctrina más autorizada (Pothier, Domat, Savigny...), pero las leyes que transcribió en mayor medida eran las históricas españolas, destacando las más antiguas y posiblemente perfectas de todas, las *Partidas*, con las glosas de Gregorio López, siguiendo por el *Fuero Real*, las *Leyes de Toro* y la *Novísima Recopilación*.

Mención especial merece el caso de Colombia. La Ley de Procedimiento Civil de 1825 estableció el siguiente orden de prelación

de fuentes: 1.º las leyes decretadas o que decretase en lo sucesivo el poder legislativo; 2.º las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 (día anterior a la abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando) en tanto no se opusieran a las leyes y decretos emanados del ejecutivo; 3.º las leyes de la Recopilación de Indias; 4.º las leyes de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5.º las Siete Partidas. Veinte años después, la *Recopilación Granadina* inició la publicación conjunta de leyes y decretos expedidos por el Congreso a partir de 1821, lo que tuvo su continuación hasta 1850: *a partir de entonces* –escribe Mayorga, a quien sigo en todo esto–, *la Recopilación Granadina ocupó un lugar en el orden de prelación de fuentes que, aunque priorizando las emanadas de la autoridad republicana, continuó reconociendo la vigencia del ordenamiento jurídico hispánico*. La legislación española no fue formalmente abolida hasta 1887, por la Ley 57, de 15 de abril de 1887 (artículo 15, introducido el 24 de agosto).

La inspiración en el Código chileno llegó en Colombia debido a la amistad que existía entre el redactor de aquel, Andrés Bello, y el diplomático colombiano Manuel Ancizar. Mediante copias distribuidas inicialmente por éste, el modelo lo fueron adoptando los nuevos Estados federados: Cundinamarca, Santander, Cauca, Panamá, Bolívar, Boyacá, Antioquia y Magdalena, hasta que la ley sobre «Adopción de códigos y unificación de la legislación nacional» implantó para todo el ámbito de la República el Código Civil sancionado en 1873.

6. EL VALOR DE LA CODIFICACIÓN

Para concluir, ofrezco para la reflexión algunas pocas conclusiones:

Primera: el significado histórico y político de la codificación histórica. La codificación que se desarrolló fundamentalmente a lo largo del siglo XIX, prescindiendo de connotaciones particulares en algunos países, ha supuesto un proceso político que puede calificarse sin exageración de revolucionario, lo que se entiende mejor si se la conecta con la Revolución francesa. La codificación vino a completar el profundo cambio social operado por ésta, sustituyendo con mayor o menor rotundidad las viejas leyes feudales y de la monarquía absoluta por un sistema trabado de preceptos de inspiración liberal y burguesa, «republicana» en los términos que todavía hoy se utilizan en Francia.

Segunda: **el significado jurídico formal.** Entiendo por tal el cambio sustancial que la codificación ha llevado a cabo en cuanto a las fuentes del Derecho y la jerarquía entre ellas. Antes de la codificación prevalecían el fuero y la costumbre; a partir de ella, la ley, que pasa a convertirse en la fuente no solo prevalente sino arquetípica del nuevo Estado. Por otra parte, la codificación supuso *un cambio en el modo de formalización del Derecho*³, que pasó de las viejas formas medievales (costumbre, decreto) a un Derecho «ilustrado», preparado por los juristas bajo la forma de ley general.

Tercera: **la codificación es hoy una mera técnica de producción legislativa.** La codificación, concluido el gran impulso histórico, ha pervivido como una técnica de producción y también de publicación del Derecho positivo. Ha perdido toda su carga ideológica e institucional. Por otra parte, no es la única, ni probablemente la principal de las técnicas legiferantes. En la actividad normativa desbocada de nuestros días lo que importa más no es la sistematización de las normas, sino simplemente el que se mantengan al día y que los juristas puedan manejarse por entre ellas sin excesivas dificultades. Para conseguirlo, han aparecido nuevas técnicas, desde los textos refundidos hasta los textos actualizados.

Lo que no se conseguirá, sin embargo, con ninguna de las técnicas de publicación más afinadas, es que el ciudadano, destinatario de ellas, pueda tener a su alcance el conjunto de las que le obligan. La acumulación de las normas y sobre todo su cambio constante ponen entre paréntesis el precepto de nuestro Código Civil, que procede en último término del Derecho romano, según el cual *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*. Este mandato era para el ilustre polígrafo español Joaquín Costa un *escarnio*. Resulta enternecedor –por su enorme ingenuidad– leer del promotor principal de nuestro Código Civil, Manuel Alonso Martínez, que esta obra pasaría a lograr que *el derecho dejara de ser un misterio impenetrable para los profanos en la ciencia jurídica* y que se reduciría a *tan pequeño volumen que su adquisición esté al alcance de todas las fortunas... y será tan manuable que los ciudadanos honrados puedan llevarlo en el bolsillo, como llevan hoy los criminales el Código penal*. Hubiera sido hermoso...

³ MONTILLA, A.: «La codificación como técnica de producción legislativa», *Revista de Derecho Privado*, junio de 1987, p. 546.

Las «servidumbres de equidad» en Puerto Rico¹

DR. PEDRO F. SILVA-RUIZ²

RESUMEN

Análisis de la incorporación de la «servidumbre en equidad» («equitable servitudes» o «restrictive covenants»), por fiat judicial, en el ordenamiento jurídico puertorriqueño. Las servidumbres se regulan en el Código Civil de Puerto Rico, que es el español de finales del siglo diecinueve, según ha sido enmendado. La casuística incorporó la figura jurídica de la «servidumbre en equidad». Luego justificó su entrada y permanencia, continuando su desarrollo al margen de la normativa del Código Civil, recurriendo al «common law», principalmente estadounidense, para la obtención de reglas con el propósito de seguir dibujando el instituto. Evaluación, conclusión y recomendación.

PALABRAS CLAVE

Servidumbres en el Código Civil. «Servidumbres en equidad», «equitable servitudes» o «restrictive covenants» en la jurisprudencia. Derecho comparado.

SUMMARY

A study of the incorporation of «equitable servitudes» or «restrictive covenants» in Puerto Rican law. Case law introduced «equitable servitudes» («servidumbres en equidad»), of the common law, in the civil law system of Puerto Rico, notwithstanding the regulation of servitudes in the Civil Code. Evaluation. Conclusions and recommendation.

KEY WORDS

Servitudes in the Civil Code «Equitable servitudes» in case law. Comparative Law.

¹ Ensayo preparado para las Segundas Jornadas Australes de Derecho Civil, Trelew, Provincia de Chubut, Patagonia Argentina, 14-16 de mayo de 2008. Se presenta al panel 7 sobre derechos reales. (C) PFSR, 2008. silvaruiz1@hotmail.com

² Catedrático de Derecho Civil jubilado. Abogado, Comisionado Especial y Árbitro, Puerto Rico. Académico numerario, correspondiente o extranjero de las «International Academy of Commercial and Consumer Law», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina y Academia de Iusprivatistas Europeos, Pavía, Italia, respectivamente.

SUMARIO: I. Dedicatoria. Introducción.–II. El derecho puertorriqueño.–III. La servidumbre en equidad.–IV. A manera de conclusión.

I. DEDICATORIA

1. Ante la imposibilidad de asistir personalmente a estas Segundas Jornadas Australes de Derecho Civil, en las cuales se rinde merecido homenaje al maestro Dr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, he querido unirme al tributo presentando unas reflexiones sobre una institución del derecho anglo-norteamericano incorporada en el derecho de Puerto Rico, por fiat judicial³.

2. La figura jurídica a la cual me refiero es la **servidumbre en equidad**, en inglés denominada «equitable servitudes» o «restrictive covenants». Esta última es definida como «a private agreement ... that restricts the use and occupancy of real property, especially by specifying a lot size, building lines, architectural styles, and the uses to which the property may be put. Also termed... equitable servitude»⁴.

3. Al versar estas líneas sobre la servidumbre es conveniente ofrecer una definición de la misma como carga impuesta sobre un inmueble a favor de otro inmueble, y que obliga al propietario del fundo sirviente a sufrir de parte del dueño dominante actos de uso,

³ No es éste el momento de tratar *in extenso* los distintos significados o acepciones del concepto jurisprudencia: (1) equivale a ciencia del derecho; (2) designa el conjunto de criterios de interpretación y de decisión establecidos por los tribunales de justicia, con las doctrinas reiteradamente contenidas en los fallos de éstas y (3) con carácter más exclusivo y excluyente la doctrina que, reiterada y uniformemente, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, las costumbres y los principios generales del derecho, complementando el ordenamiento jurídico.

Conocido es que en derecho civil rige el principio de la primacía de la ley; la labor de los jueces y los tribunales se centra, concreta y resuelve en la aplicación al caso específico de las reglas ordenadas en términos generales. En el sistema angloamericano, por el contrario, el derecho normativo aparece como un derecho creado por los jueces; éstos, en realidad, crean derecho manifestado en los casos (*case law*), quedando así el propio juez vinculado por el precedente y su actividad se rige por estarse a lo ya decidido (*stare decisis*).

La potestad normativa creadora es propia del poder legislativo. También resulta cierto que a la jurisprudencia hay que reconocerle la capacidad de dar vida a figuras de creación jurisprudencial por el cauce amplio de los principios generales (abuso del derecho, buena fe, enriquecimiento injusto).

La jurisprudencia ¿función complementadora o creadora?

⁴ *Black's Law Dictionary* (Pocket Edition), West Group, 1996 (USA). «Equitable servitude», véase «restrictive covenant». Puede verse, con provecho, el capítulo 34: Equitable Servitudes, en el libro *Understanding Property Law*, junio del año 2000, p. 557 ss. A la p. 559 define la figura en los términos siguientes: «In general, an equitable servitude is a promise concerning the use of land that (1) benefits and burdens the original parties to the promise and their successors and (2) is enforceable in equity. Like the real covenant, the equitable servitude is essentially a tool that allows a promise to be enforced by or against a successor party under limited circumstances (...). The same promise to be enforced might be enforced either as a real covenant (if the plaintiff desires damages) or as an equitable servitude (if the plaintiff seeks an injunction), assuming all requirements are met.» El caso inglés que originó la servidumbre en equidad es *Tulk v. Madox*, 41 Eng. Rep. 1143(1848).

o a abstenerse por su parte, de ejercer ciertos derechos inherentes a la propiedad⁵.

Este ensayo tendrá de relieve las diferencias entre las servidumbres legisladas en el Código Civil de Puerto Rico y las *servidumbres en equidad*, introducidas jurisprudencialmente en el ordenamiento jurídico puertorriqueño⁶.

II. EL DERECHO PUERTORRIQUEÑO

1. El derecho en Puerto Rico se ha descrito como uno mixto o híbrido⁷, aludiéndose así a la entremezcla, convivencia y desplazamiento o sustitución de un derecho privado, civil principalmente, de raíz europea continental por otro derecho, eminentemente de factura anglo-norteamericana. Esa mezcla es producto tanto de la obra legislativa como jurisprudencial, también cultural, en su acepción más amplia.

2. En Puerto Rico está vigente, desde el 1 de enero de 1890, el Código Civil español de 1889, según enmendado. La edición vigente del Código Civil de Puerto Rico (CCPR) data del año 1930. Más la modificación, incorporación de otras instituciones y la transculturación es notable. Además, la metodología jurídica, en la aprobación y aplicación de las leyes, es notablemente estadounidense, aún en el derecho codificado.

3. En la materia concreta que nos interesa, el Código Civil de Puerto Rico sigue el español. Así: bienes, cosas, inmuebles, muebles, propiedad, posesión, comunidad de bienes, usufructo, uso y habitación, servidumbres, entre otros⁸.

⁵ «A praedial servitude is a burden imposed on immovable property for the benefit of another immovable, which obliges the owner of the servient property to permit certain acts of interference on the part of the owner of the dominant property, or himself to abstain for the benefit of the dominant owner from exercising certain rights of ownership over his own property». (Art. 730). Además, «Entry in a land register is required for the constitution of a servitude» (Art. 731); «An agreement to create a servitude is valid only where it is made in writing.» (Art. 732). *The Swiss Civil Code*, versión en inglés por Ivy Williams, revisada por S. Wyler y B. Wyler, vol. II (ReMak Verlag, Zürich, 1976, reimpression de la publicada por la Oxford University Press, U.K., 1925).

«Servidumbre. f. Derecho real que grava parcialmente un inmueble en beneficio de otro y que generalmente es de otro titular.» Glosario de términos notariales, Consejo General del Notariado, Madrid, España.

⁶ Materiales para el estudio del tema de la interpretación judicial en Puerto Rico, véase: OQUENDO, Ángel, *Latin American Law*, el capítulo VIII: «Interpreting the Code: Lessons from Puerto Rico» (de la parte III: Civil Law), pp. 445 ss. (Foundation Press, 2006, Thomson/West). Aunque en este libro no se ven las «servidumbres en equidad», los materiales que en él se incluyen –literatura jurídica, leyes y decisiones judiciales– ayudarán al jurista extranjero y al cultivador del derecho comparado a entender y comprender el derecho puertorriqueño.

⁷ SILVA-RUIZ, Pedro F., *The Puerto Rican Legal Order: A Mixed System*, en el Libro «European Legal Tradition and Israel», Rabello ed., The Hebrew University of Jerusalem at Mount Scopus, Jerusalem, Israel, 1964, p. 347 y otros allí citados.

⁸ Se le han adicionado al puertorriqueño varios capítulos: multipropiedad y clubes vacacionales (1995); propiedad horizontal (1958); registro de la propiedad intelectual (1988).

4. Esta última materia, las servidumbres, comprende los artículos 465 a 540⁹. Todas las disposiciones proceden del Código Civil Español, excepto el art. 467 que tiene su origen en el art. 646 del Código Civil de Louisiana (CCPR, 1902, art. 538)¹⁰. El referido art. 467 CCPR, 31 LPRA 1633, reza:

Todas las servidumbres que afectan a las tierras pueden ser divididas en dos clases: personales y reales.

Las servidumbres personales son aquellas inseparablemente unidas a la persona para cuyo beneficio han sido establecidas y que terminan con su vida. Estas servidumbres son de tres clases: usufructo, uso y habitación.

Servidumbres reales, que son también llamadas servidumbres prediales, son aquellas que disfruta el propietario de una finca, constituidas sobre otra propiedad vecina para beneficio de aquella.

Se llaman servidumbres prediales, porque estableciéndose para beneficio de una propiedad, las obligaciones que la constituyen se prestan respecto a dicha propiedad y no respecto de la persona que sea su dueño¹¹.

*En Colón v. San Patricio Corporation*¹² se resolvió que las restricciones al derecho de propiedad sobre terrenos a ser urbanizados no se consideran servidumbres prediales de las reguladas por los principios de equidad¹³ del derecho angloamericano no en conflicto con nuestras leyes vigentes.

III. LAS SERVIDUMBRES EN EQUIDAD

1. De conformidad con el derecho jurisprudencial puertorriqueño, las *servidumbres en equidad* son las «cláusulas restrictivas [las restricciones, condiciones y limitaciones respecto al uso de

⁹ Arts. 465 a 540 Código Civil de Puerto Rico (CCPR), 31 LPRA 1631 a 1831. «La servidumbre es un derecho real que concede un derecho de disfrute inmediato, pero de contenido limitado sobre una finca ajena. Es una restricción impuesta al derecho de propiedad sobre una finca...», afirma PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, el tomo III, vol. II: «Comunidad de bienes... servidumbres», tercera edición, 1979 (Bosch, Barcelona, España).

¹⁰ El art. 467 CCPR (sec. 1633) se añadió. Ningún artículo del Código Civil Español fue eliminado ni modificado.

¹¹ El Código Civil de Puerto Rico sigue el Código Civil Español al regular el usufructo, el uso y la habitación como derechos reales independientes de las servidumbres, a la vez que también reconoce las servidumbres personales, y a su vez contiene el art. 467 (procedente del Código Civil de Louisiana).

¹² 81 DPR 242 (1959).

¹³ En Puerto Rico no existe el dualismo, que es característico del *common law*, entre «equidad» y «derecho» («equity»-«law»). Sólo pueden invocarse principios de equidad en relación con instituciones particulares que han sido incorporadas en el derecho puertorriqueño por legislación o jurisprudencia.

una finca] a beneficio de los presentes y futuro adquirentes que imponen cargas o gravámenes [reales sobre un inmueble a beneficio de otro] especiales, como parte de un plan general de mejoras para el desarrollo de una urbanización»¹⁴. Es decir, «las restricciones privadas que constituyen cargas reales de urbanización»¹⁵.

2. Dicho de otra manera: «... mediante una servidumbre en equidad, el dueño de una propiedad a urbanizarse puede constituir por sí solo un gravamen sobre un fundo propio y también puede establecer una carga real que imponga una obligación de hacer una prestación principal. Asimismo, el titular del gravamen en equidad no dispone de una acción real confesoria para hacer reconocer sus derechos no de una acción posesoria cuando sea perturbada su posesión. Sin duda cabe el recurso de *injunctio* para obligar al dueño del predio sirviente a cumplir con la obligación que le impone la servidumbre en equidad. Pero la diferencia es obvia. El demandado en la acción de *injunctio* puede oponer todas las defensas que le otorgan los principios de equidad. Por ejemplo, cabe invocar como defensa la incuria (*laches*), el impedimento (*estoppel*), el consentimiento (*acquiescence*), la conciencia impura (*unclean hands*), etc.»¹⁶. Sobre estos elementos insistiremos más adelante.

3. Algunos ejemplos que dibujan a la *servidumbre en equidad*, son los siguientes:

a) «En cada uno de los solares que se deslinden, segreguen y vendan no podrá construirse más de una casa residencia, de una sola vivienda, el costo del cual no podrá ser menor de tres mil dólares; podrán sin embargo construirse edificaciones independientes para alojamiento de servidumbre, chauffer, etc., así como también para almacenaje de automóviles privados.»¹⁷.

b) Una de las restricciones impide subdividir cualquiera de las fincas para fines residenciales «en parcelas menores de un acre» y otra dispone que no podrá edificarse «a menos de 50 pies del frente del solar o parcela y a no menos de 25 pies de los límites laterales del solar o parcela»¹⁸.

¹⁴ *Colón v. San Patricio Corporation*, 81 DPR 242, 250 (1959). Urbanización es un «núcleo residencial urbanizado». «Urbanizar» es «hacer urbano; convertir en poblado una porción de terreno o prepararlo para ello, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y demás servicios» (*Diccionario de la Lengua Española*, con algunas modificaciones).

¹⁵ *Ibíd.*, p. 266, nota al pie de la página.

¹⁶ *Colón v. San Patricio Corporation*, a la p. 254.

¹⁷ Cada uno de los solares tiene las restricciones sobre cabida, uso y tipo de construcción, impuestas mediante escritura pública, otorgada en 1939, por determinada familia. *Asociación de Vecinos de Villa Caparra, Inc. v. Iglesia Católica, Apostólica y Romana de Puerto Rico, Inc.*, 117 DPR 346, 350 (1986).

¹⁸ *Colón v. San Patricio Corporation*, 81 DPR 242, 247 (1959). En la misma escritura pública en que se imponen las «restricciones y limitaciones» se indica que es con el fin de establecer un plano uniforme de mejoras a beneficio de los presentes y futuros adqui-

Y otro hipotético:

c) Pensemos en un terreno, muy cercano al mar. Su propietario lo quiere urbanizar, para lo cual lo divide en lotes para enajenarlos. Quiere establecer una zona residencial, incluyendo un panorama agradable: el verdor de los contornos, buen sol, luz y aire. Así, en proceso de la división de los lotes, el propietario lo sujeta a un sinnúmero de restricciones y limitaciones adecuadas que afectarán a todos sus futuros propietarios, tanto adquirientes como sus sucesores, cualquiera sea el título de adquisición. Las particularidades para la edificación están bien significadas: área trazada en el plano guardando las distancias establecidas con relación a los confines del lote y a las otras edificaciones. El terreno restante, luego de la edificación previamente particularizada, para residencias únicamente, debe cubrirse con hierba, ciertos arbustos y árboles. No pueden construirse otras paredes que impidan que el cantar de las olas del mar al romper en la orilla se conduzca por el espacio abierto¹⁹.

En dicho caso hipotético, el propietario y urbanizador del terreno hace constar en escritura pública la división de lotes de la finca exponiendo con lujo de detalles las restricciones, describiendo así mismo los fines perseguidos. Hace constar que tanto él —que retendría varios lotes— así como todos los adquirientes posteriores quedaban obligados por las limitaciones, restricciones y condiciones. Las limitaciones y restricciones impuestas han de ser razonables, así como lícitas.

La escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad inmueble. Se persigue la oponibilidad de dichas limitaciones y restricciones *erga omnes*. Inscritas éstas en dicho Registro, constituyen derechos reales oponibles *erga omnes*, «lo que crea entre los predios afectados» una relación de servidumbres recíprocas, pues cada lote o solar es predio dominante, a la vez que sirviente, con relación en los demás lotes o solares de la urbanización (citando a Vélez Torres y el caso *Carrillo Norat v. Camejo*, 107 DPR 132, 136 (1978))²⁰.

4. La incorporación del instituto estudiado al ordenamiento jurídico puertorriqueño se hizo bien temprano en el siglo (veinte)

rentes de la finca envuelta. La escritura es de año 1942. Véase más adelante, *Lawton v. Rodríguez Rivera*.

¹⁹ Un ejemplo detallado de una situación parecida, la que nos ha servido de inspiración, la hace ROCA SASTRE (*La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas*, ponencia para el Congreso de Derecho Registral, 1961, p. 4), según citado *in extenso* por VÉLEZ TORRES, José R., *Lecciones de Derecho de cosas*, impreso en República Dominicana, 1977, pp. 422-23. Hay una primera re-impresión de 1992, y una cuarta de 2002, bajo el título *Curso de Derecho Civil, tomo II: Los bienes. Los derechos reales (Facultad de Derecho, U.I.A., San Juan, Puerto Rico)*.

²⁰ *Asociación de Vecinos de Villa Caparra, Inc. v. Iglesia Católica*, citado, p. 353.

pasado²¹. Así, en el caso *Glines v. Matta*²², unas limitaciones impuestas sobre una finca habían sido inscritas en el Registro de la Propiedad, por una sociedad cooperativa dueña del terreno dividido en solares. Entre esos lotes de terreno se encontraban los reclamantes, dueños de unos lotes colindantes, que incoaron pleito porque algún otro pretendió construir en su parcela en contravención a las limitaciones. El tribunal aludió a la jurisprudencia en equidad norteamericana, incorporando la figura de la servidumbre de equidad en Puerto Rico, desestimando la defensa de inoponibilidad del contrato entre la sociedad cooperativa y los titulares anteriores de los solares. Así, pues, le era oponible.

Lo más grave de este caso (*Glinés*) es que no se discute la alegada deficiencia normativa del Código Civil, limitándose a resolver la controversia utilizando la institución que le era familiar a los jueces (servidumbre en equidad), sin explicación alguna.

5. *Lawton v. Rodríguez Rivera*²³, se resuelve invocándose el caso anterior, *Glinés*. En este caso, la restricción rezaba:

Es condición que... en el solar vendido el comprador o causahabiente no podrá edificar más de una residencia, la cual se construirá a una distancia de veinticinco pies de la línea frente a la calle..., pues el objeto del vendedor de que todas las casas edificadas en dichos terrenos guarden la misma distancia proporcional en su frente a la calle que dan frente a los demás solares del vendedor²⁴.

El Tribunal Supremo señaló:

que «... parecería lógico afirmar que las restricciones que obligan recíprocamente a cada dueño de solar por razón de ser propietarios, de sólo fabricar una casa en cada solar, participan en su esencia por la prohibición de un uso específico de la cosa ajena, de aquellas servidumbres que consisten en no levantar más alto un edificio, *servitas non altius tollendi*; y que procedentes del derecho romano habían sido harto conocidas hasta ahora»²⁵.

Este caso indica que las cláusulas restrictivas tienen fuerza legal (ya no tan sólo entre los compradores de las fincas sobre las cuales recaen, sino también entre los herederos o sus causahabientes),

²¹ Recordemos que Puerto Rico pasó a la soberanía norteamericana en 1898. El Código Civil Español, con modificaciones, quedó vigente. Ya en 1902 se aprueba una versión del Código Civil (CC 1902).

El Tribunal Supremo de Puerto Rico era nombrado por el Presidente de los Estados Unidos de América.

²² 19 DPR 409 (1913) (Juez Wolf, norteamericano).

²³ 35 DPR 487 (1926) (Juez Franco Soto). Reconsideración declarada «no ha lugar» (fundamentada).

²⁴ *Ibíd.*, p. 489

²⁵ *Ibíd.*, pp. 490-91. «Non altius tollendi»: no edificar más de una determinada altura.

siempre que sean razonables, obedezcan a un plan general de mejoras, consten específicamente en el título y se inscriban en el Registro de la Propiedad²⁶.

5. Durante el pasado siglo xx, la jurisprudencia continuó dibujando la *servidumbre en equidad*, creando así un cuerpo de reglas, al ir adoptando las ideas expresadas en las opiniones y decisiones (la casuística) de los diferentes estados estadounidenses. Así, por ejemplo, en *Macatee v. Biascochea*²⁷, se reconocieron, como parte de la institución aquí estudiada, las defensas de *laches* y *estoppel*²⁸. Además, se aceptan las defensas de la «conciencia impura» (*unclean hands*) – que aquél que pretenda se ponga en vigor una restricción, usualmente mediante el recurso de *injunction*, no puede haberla incumplido/violentado; de consentimiento (*acquiescence*)²⁹. Todas estas defensas son tan sólo de carácter personal, oponibles solamente a aquéllos que han incurrido en las conductas a las cuales se refieren las mismas. Cuando se interpone un recurso de *injunction*³⁰ para que se ordene desistir de determinada conducta –como, por ejemplo, la construcción que incumple con las restricciones y limitaciones impuestas–, el demandado puede oponer todas aquellas defensas, que son reconocidas por principios de equidad, mencionadas anteriormente.

6. Las *servidumbres en equidad* pueden extinguirse o modificarse en las siguientes situaciones: «(1) por acuerdo de los interesados; (2) por efecto del tiempo o por realizarse la condición si así se constituyeron; (3) por confusión; (4) por renuncia o abandono de los propietarios que reciben los beneficios de la servidumbre; (5) por expropiación forzosa si los gravámenes son incom-

²⁶ En derecho estadounidense se sigue idéntica regla: «The equitable servitude exists only when the defendant –successor in interest acquired his interest with ‘notice’ of the promise made by his predecessor. This restriction requires constant attention to the ‘notice’ established by ‘recordation’, and by other aspects of the somewhat hazy law on ‘constructive notice’. Since equity molds relief within the limits of reasonableness, no promise gains equitable aid if the embodied restriction on use is found not reasonable». (Burby; Powell, según citados por Vélez Torres, citado, p. 427, nota al pie de la página).

²⁷ 37 DPR 1 (1927). Las mismas defensas habían sido ya señaladas en el caso *Glinés* citado.

²⁸ Sobre la defensa de *laches*, véase Pedro F. SILVA-RUIZ, *La incuria o dejadez del derecho como causa de la pérdida de la acción en el common law*, en La Ley, no. 224, 21 de noviembre de 2007, p.6 ss (Buenos Aires, Argentina). «Laches – the equitable doctrine by which courts deny relief to a claimant who has unreasonably delayed or been negligent in asserting the claim» (*Black’s Law Dictionary*, citado).

«Estoppel – a legally imposed bar resulting from one’s conduct and precluding any denial or assertion regarding a fact; a doctrine that prevents a person from adopting an inconsistent position, attitude, or action if it will result in injury to another; an affirmative defense good-faith reliance on a misleading representation and an injury or detrimental change in position resulting from that reliance» (*Black’s Law Dictionary*) (Impedimento).

²⁹ Véase, *Asociación de Vecinos de Villa Caparra, Inc. v. Iglesia Católica*, citado, a la pág. 354, invocando autoridades norteamericanas.

³⁰ *Injunction* – orden judicial para impedir o mandar determinada acción.

incompatibles con el uso público del inmueble expropiado, y (6) “cuando cambios radicales del vecindario no sólo hacen la restricción irrazonable y opresiva para el dueño del predio sirviente, sino también destruyen el valor que la restricción tenía para el dueño del predio dominante, por lo cual resulta en verdad imposible alcanzar los fines que perseguía la servidumbre”. *Colón v. San Patricio Corporation*, supra, págs. 261-262. Véanse además: Cáncer, *op. cit.*, secs. 9.39-9.40, págs. 444-453; D. Hagman, *Urban Planning and Land Development Control Law,...*³¹.

7. Las *servidumbres en equidad* no se rigen por las reglas de las *servidumbres prediales*. Así, no puede incoarse la acción *petitoria confesoria de servidumbre*; por el contrario, esta accesible el recurso de *injunction*, con sus defensas de equidad ya indicadas.

8. En la extensa opinión en el caso de *Colón v. San Patricio Corporation* se significó que hay dos principios del derecho civil de raíz romano que impiden que las reglas del Código sobre las *servidumbres prediales* puedan utilizarse para regular/solucionar los problemas que plantean las condiciones restrictivas que son el objeto de las *servidumbres en equidad*; a saber: (1) «*servitus in faciendo consistere nequit*»³² y «*ne(i)minires sua servit*»³³.

9. Un jurista ha reclamado que en Puerto Rico pudo haberse seguido la solución propiciada por «los alemanes y los suizos [que] descartaron, por anacrónica, la regla *neminires sua servit*, para propiciar mediante la *servidumbre del propietario*, la imposición, en forma unilateral, de gravámenes similares en algunos casos a las *servidumbres en equidad* del Derecho anglo-norteamericano, [que] lo hicieron desenvolviéndose dentro de las normas relativas a las *servidumbres prediales* contenidas en sus respectivos códigos. Sin embargo, en Puerto Rico atenuamos el rigor de la regla aduciendo idénticas razones a las que tuvieron en mente los europeos, pero a pesar de que teníamos disponible todo un cuerpo de normas aplicables, en lo demás, a la necesidad sentida, incorporamos a nuestro ordenamiento las *servidumbres del Derecho de equidad* de los norteamericanos.»³⁴. También es de la opinión que la entrada de la

³¹ *Asociación de Vecinos de Villa Caparra, Inc.* citado, p. 354. Sobre la extinción de las *servidumbres* por motivo de cambios radicales, véase Mecatee, supra, a las pp. 10-11 (1927) y *Colón v. San Patricio Corporation*, p. 265.

³² «In faciendo» –dejar hacer; el titular de la propiedad: la *servidumbre* puede consistir en hacer alguna cosa.

³³ Es un derecho que recae sobre una cosa ajena. Nadie puede constituir una *servidumbre predial* sobre su propio predio. Véase, Art. 465 CCPR, 31 LPRA 1631. En Suiza, por ejemplo, mediante legislación se ha abandonado esta regla. El Código Suizo permite la *servidumbre del propietario*, que reza: «Art. 733 –The owner of two properties has the right to charge one of them with a servitude for the benefit of the other» (The Swiss Civil Code, English version, citado).

³⁴ VÉLEZ TORRES, José R., *Lecciones de Derecho de cosas*, citado, p. 438.

servidumbre en equidad al derecho puertorriqueño demuestra que «primero se adoptó la figura y luego se justificó su entrada y permanencia»³⁵.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. La servidumbre en equidad fue incorporada en el ordenamiento jurídico puertorriqueño (siglo xx) por la vía jurisprudencial y luego se justificó su entrada, así como también su permanencia (siglo xx). El instituto continua vigente hoy día (siglo XXI)³⁶.

2. La *servidumbre en equidad* continuará su desarrollo al margen de la normativa del Código Civil; seguirá recurriéndose a las fuentes del derecho norteamericano en auxilio de (para la obtención de) reglas para seguir dibujando la institución.

3. En la revisión y reforma del Código Civil, la servidumbre debe ser examinada en su totalidad, analizando los cambios que han sido aceptados por otros ordenamientos jurídicos civilistas.

4. En cuanto a las llamadas servidumbres en equidad hay dos caminos a seguir: (1) en una revisión del Código Civil, incorporarla por escrito, integrándola en acoplamiento a nuestro Derecho Civil o (2) rechazarla, regulando mediante legislación todos aquellos aspectos imprescindibles para su erradicación prospectiva del ordenamiento vigente.

Ambas vías deben explorarse con detenimiento, prefiriéndose aquella que sea más cónsona con nuestro derecho civil.

³⁵ *Ibíd.*, p. 440.

³⁶ *Asociación de Vecinos de Villa Caparra Sur, Inc. v. Asociación de Fomento Educativo v. Municipio...* 2007 TSPR 203 (20 noviembre de 2007) (por encontrarse igualmente dividido (3 a 3) el Tribunal Supremo se confirmó la sentencia del Tribunal de Apelaciones). En el Tribunal Supremo se emitieron opiniones de conformidad y dos disidentes. Existe una vacante en dicho tribunal. Se solicitó reconsideración, que aún (febrero 2008) no ha sido resuelta. Uno de los jueces en la opinión de conformidad falleció, por lo que el Tribunal consta de cinco miembros y dos vacantes.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Francisco J. Andrés Santos, Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, David Bondia García, Alexandra Braun, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Cristina González Beilfuss, César Hornero Sánchez, Sonia Martín Santisteban, Cédric Montfort, Sergio Nasarre Aznar, Susana Navas Navarro, Jordi Nieva Fenoll, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Helena Torroja Mateu, Belén Trigo García, Stefano Troiano, Roberto Yangüas Gómez.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.—EDITORIAL: «La Directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla... en un Estado plurilegislativo» (Miriam Anderson).—RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO: Alemania (Martin Ebers).—Bibliografía.—España.—Legislación (Roberto Yangüas Gómez).—Francia (Cédric Montfort).—Bibliografía.—Legislación.—Gran Bretaña (Alexandra Braun).—Bibliografía.—Italia.—Bibliografía (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).—Legislación (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).—SECCIÓN TEMÁTICA: ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, DERECHO PROCESAL, DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, DERECHOS REALES, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE AUTOR, DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA.—Espacio Judicial Europeo (Beatriz Añoveros Terradas).—Derecho procesal en la Unión Europea (Jordi Nieva Fenoll).—Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas).—Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar).—Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss).—Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Susana Navas Navarro).—Derecho de autor en la Unión Europea (Susana Navas Navarro).—Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García).—Derecho de trusts en Europa (Sonia Martín Santisteban).—JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Helena Torroja Mateu y David Bondia García).—JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).—JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).—LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.—Paparseniou, Paraskevi: Griechisches Verbrauchervertragsrecht. Eine Untersuchung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsprivatrechts, Sellier, München, 2008, pp. 405. ISBN 978-3-86653-049-2 (Klaus Jochen Albiez Dohrmann).—EBERS, Martin, JANSSEN, André, MEYER, Olaf (Eds.): European Perspectives on Producers' Liability. Direct Producers' Liability for Non-conformity and the sellers' Right of Redress, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, 600 pp. ISBN 978-3-86653-055-3 (César Hornero Méndez).—SEYR, Sibylle: Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 459. ISBN 978-3-428-12568-5 (Martin Ebers).—MARTHINUSSEN, Hans Fredrik: Forholdet mellom pantrett og pantekrav (La relación entre la hipoteca y la obligación asegurada), Bergen (Noruega), Universitetet i Bergen, Allkopi, 2009, 515 pp. ISBN 978-82-308-0734-7 (Sergio Nasarre).—HOWELLS, Geraint-Schulze, Reiner (eds.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, München, Sellier European Law Publishers, 2009, 322 pp. ISBN 978-3-86653-082-9 (Esther Arroyo i Amayuelas).—

Baldus, Christian – Finkenauer, Thomas – Rüfner, Thomas (eds.): *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008. 388 pp. ISBN 978-3-16-149578-6 (Francisco J. Andrés Santos).–MISCELÁNEA (Esther Arroyo Amayuelas).–Informes y Resoluciones del Parlamento europeo.–Preguntas orales en el Parlamento europeo.–VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO.–XX Coloquio bienal de la Asociación Italiana de Derecho Comparato (AIDC): *Nuovi temi e tecniche della comparazione giuridica* (Urbino: 18-20 junio 2009) (Barbara Pasa).

Presentación

Esta undécima crónica se cierra el 15 de noviembre de 2009. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del alemán, francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla... en un Estado plurilegislativo

MIRIAM ANDERSON *

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, *relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio* (DOUE L 33, de 3 de febrero de 2009) viene a sustituir la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994. Su objetivo último radica en reforzar la protección de los consumidores (y, por medio de ella, el buen funcionamiento del mercado interior) en aquellos puntos en que la práctica ha demostrado que la antigua norma, bien por sí misma, bien por el sistema de transposición que permitía, no ha cubierto suficientemente esas necesidades. Se ha considerado que esta reforma no podía incluirse en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de octubre de 2009, sobre derechos de los consumidores (COM (2008) 614 final, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_ES_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf), ni diferirse a una todavía lejana concreción legislativa del MCR, en cuyo articulado, por cierto, el *time-sharing* es únicamente objeto específico de un precepto (el II.-5:202, que no aborda muchas de las cuestiones que realmente preocupan en el mercado de la multipropiedad, puesto que se refiere únicamente al derecho de desistimiento y a la prohibición de anticipos; ello, además, sin ser coherente con la Directiva 2008/122, en cuanto a los gastos a reembolsar en caso de desistimiento y en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de este tipo de contratos, puesto que se refiere únicamente a inmuebles). De algún modo, pues, a nivel comunitario se entiende que la regulación presenta suficientes particularidades para merecer un tratamiento separado, como ocurrió también en España cuando se procedió a elaborar el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por medio del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TR-LGDCU); *vid.* el Preámbulo 10, donde se

* Profesora agregada de Derecho civil. Universitat de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto DER2008-03992/JURI y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

alude al peculiar régimen de constitución de los derechos de aprovechamiento por turno y a sus implicaciones registrales y fiscales como argumentos que justifican su exclusión del texto refundido.

La nueva Directiva debe transponerse antes del 23 de febrero de 2011, lo cual nos lleva a plantearnos qué cambios es preciso augurar en el derecho estatal español (recordemos que, en la actualidad, está vigente la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, *de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*), pero también a preguntarnos por la situación en que quedará la legislación catalana sobre comunidad especial por turnos, recogida en los arts. 554-1 a 554-12 del Código civil de esta Comunidad Autónoma.

Con carácter previo, no obstante, es necesario repasar, siquiera de modo muy sintético, los problemas que la nueva norma comunitaria pretende corregir y los medios adoptados para ello; en definitiva, se trata de intentar perfilar hasta dónde llega la voluntad de armonización plena o total que caracteriza a esta Directiva.

2. LA JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA REFORMA

Desde 1999, las instancias comunitarias se han preocupado por averiguar cuáles han sido los efectos de la Directiva 94/47 y de su transposición en los distintos Estados miembros (para un resumen de los distintos informes, resoluciones, comunicaciones y estudios, Munar Bernat, «Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE...», Indret 4/2009, pp. 4-9; v. también, en general, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/). A lo largo de esta documentación se van descubriendo las áreas que la Directiva de 1994 no logró encauzar adecuadamente, y que, como se desprende también de los considerandos de la propia Directiva 2008/122, vienen a ser las siguientes:

1) La aparición de nuevos productos que no entraban en el ámbito de aplicación de la Directiva de 1994. Señaladamente, se trata de lo que la nueva Directiva, en el art. 2.1.b, denomina «contrato de producto vacacional de larga duración» y define como «un contrato de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios». En estos casos, el consumidor paga una cuota de ingreso a un club vacacional (u otra fórmula semejante) que le permite obtener descuentos a la hora de reservar sus vacaciones y acceder a otros servicios, también teóricamente, con sustanciales ventajas económicas. Al quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva ahora derogada, los deberes de información precontractual y de contenido mínimo del contrato, así como el derecho de desistimiento, la facultad resolutoria y la prohibición de anticipos no regían para los consumidores que se hubieran visto atraídos por esta oferta y que, con posterioridad, descubrían que no se adecuaba a las previsiones publicitarias o a sus necesidades.

2) En segundo lugar, y en ocasiones de modo solapado con lo que se acaba de describir, han sido frecuentes las promociones turísticas que, aprovechando los plazos fijados por la Directiva de 1994 (contratos para un mínimo de tres anualidades y con estancias mínimas –turnos– de una semana), diseñaban productos que, en claro fraude de ley, caían fuera de su ámbito de

aplicación (así, contratos de duración inferior a tres años o con turnos de seis días).

3) Por su parte, el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 94/47, que se ceñía a inmuebles, dejaba fuera supuestos relativamente habituales en los que cabe diseñar sistemas de aprovechamiento por turno vacacionales, como es el caso de las caravanas o de las embarcaciones.

4) En cuarto lugar, uno de los problemas que con frecuencia se observan son los que surgen con ocasión de la reventa de los turnos. Es usual que las compañías que comercializan productos de tiempo compartido empleen como un atractivo más de su paquete la posibilidad de que los consumidores recuperen su inversión revendiéndola. A menudo da la impresión de que el promotor se compromete a recomprar el turno o a venderlo a un tercero, de modo que la restitución del capital estaría asegurada. Sin embargo, el consumidor seguramente se encontrará con que se le cobran comisiones por la gestión y no se le asegura el resultado.

5) También es fuente de problemas la oferta de servicios de intercambio, que permiten a los adquirentes permutar su turno por otro en una ubicación distinta, por medio de empresas dedicadas precisamente a facilitar estos enlaces. No es extraño que, pese a la suscripción –y pago– del servicio por parte del consumidor, el promotor no llegue a incluir al adquirente en el sistema de intercambio y, en muchos casos, no queda clara la relación existente entre este contrato y el principal.

6) Por otro lado, se observa un considerable incumplimiento de la prohibición de anticipos, siendo así que este es uno de los puntos que las empresas promotoras quisieron eliminar, argumentando que supone un obstáculo a la agilidad de sus operaciones. Se trata, sin embargo, de una importante garantía *de facto* del derecho de desistimiento del consumidor y, por ello, la Directiva 2008/122 conserva y refuerza la prohibición.

7) Por último, y superponiéndose a un buen número de los problemas que se acaban de apuntar, los distintos estudios e informes ponen de relieve que las prácticas comerciales agresivas y engañosas siguen estando a la orden del día en este sector. Como señala el considerando 9 de la Directiva 2008/122, estas prácticas en principio estarían ya prohibidas por medio de la Directiva 2005/29/CE, de 15 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (*vid.* para su transposición tardía en España la 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; en particular, *vid.* la redacción que se da al art. 19.4 del TR-LGDCU). Sin embargo, se estima necesario descender al detalle en materia de multipropiedad, por la naturaleza de los productos y de las prácticas comerciales empleadas, que hacen especialmente necesario que se manifieste con claridad al consumidor la finalidad comercial de las invitaciones a los actos de venta, al tiempo que se actualizan cuestiones relativas al contenido de la información precontractual y al contrato.

España aparece en la documentación comunitaria como un país especialmente propenso a todas estas estrategias comerciales a erradicar. Así lo confirman, últimamente, no ya supuestos encajables en el delito de estafa (como ha ocurrido recientemente con un grupo que operaba en Tenerife, ofreciendo la reventa de turnos y cobrando sus correspondientes comisiones, para luego desaparecer), sino también la generación de una elevada litigiosidad civil, de

la que son muestra reciente, entre otras, la SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 15 de junio de 2009 (JUR 2009/301334), en que se declara procedente la resolución del contrato por haber incumplido la empresa su obligación de revender, que se considera de resultado y no de medios (en ningún caso, afirma la sentencia en otro orden de cosas, podrían beneficiar al estipulante cláusulas oscuras en cuanto a los requisitos de la reventa) (para un resumen de la jurisprudencia al respecto y de las distintas tesis relativas a la resolución e incluso a la nulidad del contrato, *vid.* Puente de Pinedo, «Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ante la propuesta de Directiva europea de 7 de junio de 2007», *Diario La Ley*, núm. 6832, de 30 de noviembre de 2007, notas 19 a 23 y texto correspondiente; MUNAR BERNAT, cit., pp. 20-21); en sentido parecido, la SAP de Madrid (Sección 19ª) de 4 de junio de 2009 (JUR 2009\365503), que se refiere también a la agotadora sesión de venta tras la cual los demandantes habían accedido a adquirir un turno, con la seguridad de que les sería recomprado si así lo decidían, y las SSAP de Madrid (Sección 18ª) de 7 de mayo de 2009 (JUR 2009\345606), y (Sección 10ª) de 23 de junio de 2009 (JUR 2009\343367), en las que se acaba declarando la nulidad por falta de objeto del contrato, al tratarse de supuestos en que se transmitía un derecho de uso sobre un turno turístico en sistema flotante de un determinado club vacacional, en temporada alta, en alguno de los distintos complejos indicados en el contrato, de modo que quedaba al arbitrio del vendedor determinar el periodo al que correspondía el turno y el lugar de su disfrute, siendo así que es posible que no hubiese disponibilidad durante la temporada por la que el adquirente había pagado. Se afirma, además, que no empece a la declaración de nulidad que el adquirente hubiese hecho uso del alojamiento en una ocasión. Tengamos en cuenta que la Directiva 2008/122 permite ahora que el aprovechamiento por turno pueda recaer sobre una pluralidad de bienes (art. 2.1.a), si bien deben quedar claras las restricciones a que esté sometida la capacidad del consumidor de utilizar cualquier alojamiento de dicho conjunto en cualquier momento (anexo I, parte 3, 1. II), pero no se autoriza en ningún caso la indeterminación del período de disfrute (v. anexos I y II, parte 1. III).

Por tanto, las cuestiones abordadas por la nueva Directiva realmente necesitaban de solución, como lo demuestra el estado de la cuestión en uno de los principales exportadores de multipropiedad de la Unión (*vid.*, expresándose en términos parecidos, Puente de Pinedo, cit., quien a lo largo del texto hacía hincapié en la urgencia de la reforma, para expulsar del mercado a especuladores y oportunistas; Botana García, «De nuevo sobre la protección de los consumidores en los contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», *Diario La Ley*, núm. 7129, de 6 de marzo de 2009, ref. D-78, I, final).

Veamos ahora, también de modo muy somero, cuáles son las medidas adoptadas por la norma comunitaria y cómo se prevé su implementación.

3. LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2008/122

Seguramente la más trascendente innovación que aporta la Directiva no es de naturaleza sustantiva, sino que se refiere a su eficacia, es decir, a su voluntad de poner fin a las diferencias de régimen jurídico existentes entre

los Estados miembros procediendo a «armonizar totalmente determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos» (Considerando 3º). Desde su inicio, por tanto, la Directiva se presenta como un instrumento de armonización plena, máxima o total, que pretende proporcionar seguridad jurídica a los consumidores en el marco del mercado interior, impidiendo así que los Estados miembros introduzcan o mantengan en sus respectivos sistemas previsiones discrepantes con los preceptos armonizados al proporcionar distintos niveles de protección a los consumidores. No obstante, también de entrada, la Directiva anuncia que hay aspectos en los que los Estados miembros conservan la facultad de prever una regulación distinta a la recogida en la norma comunitaria. El problema es que, más allá de la información que proporcionan los Considerandos, no siempre es clara la Directiva en cuanto a su alcance. Intentemos, con todas las precauciones del mundo, sistematizar las novedades sustantivas que introduce, haciendo hincapié en si conllevan o no una armonización completa.

1) En primer lugar, la Directiva tiene un ámbito de aplicación más amplio que su predecesora. Desde el punto de vista de los contratos que se regulan, se incluyen ahora tanto los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (art. 2.1.a) como los relativos a productos vacacionales de larga duración (art. 2.1.b), así como, en ambos casos, los contratos de reventa (art. 2.1.c) y de intercambio (art. 2.1.d). En cuanto a los productos vacacionales de larga duración, es relevante el art. 10, según el cual el pago se efectuará conforme a un plan de pago escalonado; esto es, por anualidades, sin que pueda avanzarse el pago del precio total, de modo que sea efectiva la posibilidad, contemplada en el segundo párrafo del precepto, de que el consumidor no quiera seguir vinculado, a partir de la segunda anualidad, debiendo notificarlo al comerciante en los 14 días siguientes a la recepción de la solicitud de pago correspondiente a cada plazo; se trata, por tanto, de un contrato denunciabile por el consumidor a cada vencimiento. Desde el punto de vista del objeto, se incluyen también los bienes muebles, si bien, por la definición de los contratos que pueden celebrarse sobre ellos, se deduce que deben ser capaces de proporcionar alojamiento. Tanto en caso de muebles como de inmuebles, basta con la pernoctación, sin que sea preciso establecer turnos de un mínimo de 7 días. Los Considerandos 6 y 7 complementan las definiciones, al excluir ciertos productos (reservas múltiples de hotel, contratos normales de alquiler, sistemas de fidelización de clientes basados en descuentos y similares) del ámbito de aplicación de la Directiva. La armonización, por tanto, se refiere únicamente a la tipología de contratos recogida en el art. 2. Expresamente, en los Considerandos 2 y 3, se declara que los Estados miembros son libres de mantener o introducir en su legislación interna disposiciones armonizadas para aplicarlas a relaciones jurídicas que no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva (así, por ejemplo, pueden prever el derecho de desistimiento también para productos vacacionales que no impliquen pernoctación o para reservas hoteleras múltiples). Esto no es incoherente con la armonización máxima, que sólo se predica de lo que la Directiva regula y no de lo que quede fuera de su ámbito de aplicación. Pensemos, además, que tanto los contratos de aprovechamiento por turno como los de productos vacacionales de larga duración deben tener, para entrar en el ámbito de la Directiva, duración superior a un año (es decir, deben permitir pernoctar al menos una vez durante dos períodos de ocupación, que deben abar-

car más de 12 meses, teniéndose en cuenta para el cálculo cualquier posibilidad de renovación o de prórroga tácita que se contenga en el contrato); nada empuja a que el legislador nacional decida extender la protección a productos de los tipos contemplados, pero de duración inferior. Es decir, que estos productos de duración inferior al año quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, de modo que los Estados miembros son libres de no regularlos, de prohibirlos o de regularlos atribuyendo a los consumidores una protección igual o distinta (mejor o peor) a la que prevé la Directiva para los que sí caen dentro de su ámbito de aplicación. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 4 de julio de 2002, 10 (http://www.europarl.europa.eu/pv2/pv2?PRG=CALDOC&TPV=DEF&FILE=020704&SDOCTA=9&TXTLST=1&POS=1&LASTCHAP=57&Type_Doc=FIRST&LANGUE=EN) había recomendado que se obviase toda referencia temporal, tanto por lo que se refiere a los periodos de disfrute como respecto a la duración del contrato. Sin embargo, la Directiva finalmente aprobada se ha limitado a reducir esta última de los 3 años que marcaba como mínimo la Directiva 94/47 a contratos de duración superior a 1 año, seguramente porque por debajo de este plazo los fraudes que se querían evitar no son frecuentes y porque, aunque se diesen, el perjuicio para el consumidor sería necesariamente mucho menor. Por consiguiente, los contratos cuya duración no exceda del año quedan al margen de la armonización plena.

2) En segundo lugar, es preciso remarcar que se ha mejorado la redacción en algunos puntos (así, el art. 1.2 establece ahora expresamente que la Directiva se aplica a las transacciones entre comerciantes y consumidores, tal y como se había entendido en el marco de la Directiva 94/47, pese a que esta se refería siempre al adquirente; Munar Bernat, cit., p. 11, lamenta que no hayan sido incluidas también las personas jurídicas, al menos cuando no tengan ánimo de lucro) y se especifica el respeto por las legislaciones nacionales en cuanto a los recursos generales en materia contractual (que podrán añadirse a los previstos en la Directiva), al registro de bienes inmuebles o muebles y a la transmisión de bienes inmuebles (*quid* respecto de los bienes muebles? Cfr. art. 295 TCE [actual art. 345 de la Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea]), a las condiciones de establecimiento y a los regímenes de autorización y licencia de actividades (que en España son competencia de las Comunidades Autónomas), y a la debatida cuestión de la naturaleza jurídica de los derechos que son objeto de contratos cubiertos por la Directiva. Pese a consistentes críticas desde las propias instancias europeas (la más próxima a la aprobación definitiva puede verse en el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo, COM(2007) 303 final — 2007/0113 (COD), DOUE 16.2.2008, C 44, pp. 27 y ss.) prevaleció el criterio favorable a permitir que los Estados mantengan la libertad a la hora de calificar estos derechos y, por consiguiente, se perpetuará la variopinta configuración de las fórmulas de aprovechamiento por turno actualmente existentes, tanto a escala nacional como dentro de cada Estado, si es el caso. Esto es lo que sucede en España, no sólo por la dualidad que, de momento, permite la Ley 42/1998, sino también debido a la existencia de la referida regulación catalana sobre los aspectos reales de la comunidad por turnos.

3) La tercera novedad se encuentra en el art. 3 de la Directiva, que, con la mirada puesta en las prácticas comerciales habituales en el sector, impone que en la invitación a actos de promoción o de venta conste claramente la finalidad comercial y la naturaleza del acto y que la información precontractual a la que se refiere el art. 4 esté a disposición del consumidor en todo

momento durante el acto. Además, se prohíbe comercializar como inversiones los productos objeto de la Directiva.

4) El art. 4 de la Directiva regula la información precontractual, que debe ser puesta a disposición del consumidor, por medio de un formulario normalizado y con un contenido mínimo (recogidos ambos en los anexos para cada uno de los cuatro tipos de contratos contemplados), de modo gratuito, y en papel o en otro soporte duradero fácilmente accesible para el consumidor, debiendo cumplir los requisitos de idioma a los que se hará referencia en breve. Los formularios forman parte del contrato, como ya ocurría mientras estaba en vigor la Directiva 94/47, y la novedad consiste en que al final de cada uno de ellos aparece un acuse de recibo que debe ser firmado por el consumidor. El problema que presenta este precepto es que peca de vaguedad: esta información debe facilitarse al consumidor «con suficiente antelación» antes de que quede vinculado. ¿Cuál es esa antelación suficiente? ¿Basta con que se aporte el documento informativo en el momento mismo de la firma del contrato? Parece claro que no. ¿Son precisos, entonces, unos días de reflexión previa? Pero, si es así, ¿de cuántos días estamos hablando? (se plantea también esta cuestión Munar Bernat, cit., p. 25). Deberían evitarse preceptos vagos como el que se comenta en un texto que persigue una armonización plena y que, por esta vía, difícilmente conseguirá. Cabe esperar que algunos Estados impondrán un plazo mínimo de antelación, otros admitirán una práctica simultaneidad con la firma del contrato, y otros se limitarán a la copia literal de la Directiva, como ya ocurriera en diversos puntos al transponerse su predecesora. Serán entonces los jueces los que, en cada Estado miembro, decidirán lo que se entiende por «antelación suficiente». Todo ello está lejos de contribuir a la seguridad jurídica buscada y, seguramente, en los dos últimos casos, tampoco se satisface el objetivo de conseguir un consentimiento informado que preside el precepto en cuestión.

5) En cuanto al contenido del contrato, los anexos se encargan de precisar algunas de las cuestiones que más problemas habían suscitado: la concreción del bien a disfrutar en supuestos de «flotabilidad», los servicios incluidos o no en la adquisición, los gastos a los que el consumidor se compromete a hacer frente, los costes de mantenimiento y el modo de cubrirlos, entre otras. Además, se establece la necesidad de que el consumidor firme separadamente las cláusulas relativas al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos y que se proporcione al consumidor un formulario de desistimiento, que, si bien no necesariamente debe emplearse para ejercitar el derecho, puede facilitarlo, y que hará referencia expresa a la prohibición de anticipos. El consumidor debe recibir al menos una copia del contrato en el momento de su celebración (art. 5.5), con lo cual el *dies a quo* para el desistimiento contemplado en el art. 6.2.b) tiene sentido sólo como «sanción» (poco contundente, por otro lado) para el caso en que el comerciante no haya facilitado el contrato en el momento oportuno. En otro orden de cosas, el carácter de máximo de la Directiva hace dudar de que los derechos nacionales puedan establecer, como hace la vigente Ley española, que en la información precontractual sea obligatorio hacer constar que los derechos de aprovechamiento por turno y asimilados estén previamente inscritos en el Registro de la Propiedad (caso de recaer sobre inmuebles) para poder ser objeto de comercialización (art. 8.5 de la Ley 42/1998). Pensemos que, pese a quedar la cuestión registral y también la relativa a la transmisión de bienes inmuebles en manos de los Estados miembros (art. 1.2.b de la Directiva 2008/122), esta exigencia afecta también, en la regulación española vigente, al contenido

mínimo de la información precontractual y del contrato (arts. 8.5 y 9.1 de la Ley 42/1998), lo cual puede verse como un obstáculo a la libre competencia y, en general, como un incumplimiento (por exceso de protección) de los dictados comunitarios. El Parlamento Europeo, en su ya citada Resolución de 4 de julio de 2002, 11, recomendaba que se incrementase la protección de los consumidores haciendo obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad o similares. La Directiva no ha seguido este consejo y, en realidad, más bien parece haber reducido las exigencias relativas a la descripción del derecho (contrástese la referencia a la «breve descripción del producto [por ejemplo, descripción del bien inmueble]» que aparece en el anexo I, parte 1, 2 de la Directiva 2008/122, con la exigencia del anexo (b) de la Directiva 94/47: «naturaleza precisa del derecho objeto del contrato y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien o los bienes, y, si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse»).

6) Por lo que se refiere a la lengua en que deben redactarse tanto la información precontractual como el contrato mismo, los arts. 4.4 y 5.1 establecen que será la que elija el consumidor entre las que, siendo oficiales de la Comunidad, correspondan al Estado en que este reside o al Estado del que sea nacional. Por otro lado, el Estado miembro de residencia del consumidor puede obligar a que se facilite el contrato a este último también en alguna de las lenguas de dicho Estado miembro, siempre que sea una lengua oficial de la Comunidad, y también puede obligar a que se facilite al consumidor una traducción jurada del contrato en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que se encuentre situado el bien, siempre que sea una lengua oficial de la Comunidad, si el contrato de aprovechamiento por turno recae sobre un bien inmueble específico. Por otro lado, también puede imponer que se facilite el contrato en una de sus lenguas el Estado en que se comercialicen los productos, igualmente siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad. A esto parece reducirse la libertad de los Estados a la que hace referencia el Considerando 10 de la Directiva 2008/122. Notemos, pues, que cada Estado regula en función de criterios de sujeción «personal» (del consumidor o respecto a dónde realice actividades de venta el comerciante) y no por el hecho de que radiquen en su territorio los bienes a los que se refiere el contrato, lo que concuerda con lo establecido en la Directiva 94/47 y adquiere mayor sentido en la actualidad, puesto que no siempre van a ser inmuebles los bienes objeto de este tipo de aprovechamientos. Queda la duda, tratándose de una directiva de armonización máxima, de si el Estado en que se celebre el contrato puede imponer que también se redacte en una o más de las lenguas oficiales de ese Estado, como hacía el legislador español de 1998 (art. 9.3 de la Ley 42/98). Pensemos que el legislador español partía de la celebración del contrato en territorio español, mientras que las Directivas toman como punto de referencia primordial la persona del consumidor (*vid.* en sentido parecido Downes, «¿Un mercado común de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido?», *Diario La Ley*, 1999, núm. 4766, p. 1). Por otro lado, una de las novedades de la Directiva 2008/122 consiste en incluir como contenido necesario de la información precontractual y del contrato el idioma en que se producirán las comunicaciones entre el comerciante y el consumidor con posterioridad a la celebración del contrato (anexos I a IV, parte 3, 5.I).

7) El derecho de desistimiento, que sigue siendo uno de los derechos esenciales que reconoce la Directiva, encuentra regulación en los arts. 6 a 8, que presentan algunas novedades importantes. La primera, la homogeneización del plazo, que se fija ahora en 14 días (necesariamente) naturales (contados desde la celebración del contrato o cualquier contrato preliminar vinculante – expresión, esta última, que ya era de difícil comprensión al amparo de la norma de 1994 – o desde la recepción del contrato o precontrato, si tal recepción es posterior a la fecha de celebración), sin que los Estados miembros puedan ampliarlo (contrástese con el plazo de 7 días hábiles que, con carácter general, prevé el art. 71 del TR-LGDCU; recordemos, no obstante, que el aprovechamiento por turno todavía se rige por la Ley 42/98 y que la transposición de la Directiva 2008/122 también tendrá lugar, como se apuntaba al principio, fuera del TR-LGDCU, que operará, únicamente donde sea posible, como derecho supletorio). Si el comerciante no facilitó el formulario de desistimiento o la información requerida (precontractual o contractual), el plazo expira al año y 14 días o a los tres meses y 14 días, respectivamente, salvo que el comerciante haya facilitado el formulario o la información durante estos plazos, en cuyo caso se cuentan los 14 días desde la recepción de uno u otra. Para ejercitar el derecho de desistimiento, será suficiente con que el consumidor notifique al comerciante su decisión por escrito, sin que sea necesario que emplee el formulario facilitado por el comerciante (formulario que, por otra parte, también prevé en términos generales el art. 69 del TR-LGDCU), y bastando con que la notificación se envíe dentro de los plazos marcados (es decir, aunque el comerciante la reciba más tarde). Estos plazos son coherentes con los previstos en los arts. 12 y siguientes de la ya citada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008. El art. 8 de la Directiva 2008/122 establece que el ejercicio del derecho de desistimiento no conllevará gasto alguno para el adquirente, incluso si ha disfrutado ya del servicio, lo que contrasta con lo establecido en el art. 5.3 de la Directiva 94/47. Del art. 6.5 se desprende que los contratos principales y los de intercambio son independientes y cabrá, por tanto, desistir del contrato de intercambio y no del principal; en cambio, el desistimiento del principal conlleva también el del contrato de intercambio y demás accesorios (como pueden ser los de reventa o el crédito al consumo para financiar la adquisición), tal y como prevé el art. 11 de la Directiva 2008/122. Munar Bernat (cit., p. 38) señala que, cuando se proceda a la transposición de la Directiva, quedarán como supletorios los arts. 68 a 79 del TR-LGDCU, gracias a lo previsto en el art. 68.3; si bien esto puede ser así, es preciso tener en cuenta que la Directiva pretende, en este punto, la armonización total y que cualquier previsión más beneficiosa/perjudicial para el consumidor derivada de la aplicación de un derecho supletorio supondría una mala transposición de la norma comunitaria (fijémonos, por ejemplo, en que en la varias veces citada Propuesta de Directiva sobre protección de consumidores, se establece con claridad que no cabe introducir modificaciones al formulario de desistimiento que prevé, ni siquiera para alterar el tipo de letra: art. 14.1 y Considerando 28). Por consiguiente, la supletoriedad del TR-LGDCU estará siempre restringida o condicionada: sólo podrá entrar en juego respecto a materias que no sean objeto de armonización máxima, como ocurre con la libertad del legislador nacional en general. Recordemos, en cualquier caso, que, al igual que ocurría con la legislación anterior, este derecho de desistimiento se superpone a los remedios de derecho interno para supuestos de incumplimiento de las previsiones

contenidas en la Directiva, lo que deja a salvo la posibilidad de que se establezca una resolución por incumplimiento por estas causas (*vid.* sobre las dificultades que surgen para aplicar el art. 1124 CC en supuestos como este, Arroyo i Amayuelas, «¿Qué es forma en el derecho contractual de consumo?», ADC, 2008-2, p. 531, nota 51), la eventual pretensión de indemnización de los daños causados por el incumplimiento y también la declaración de nulidad (como la contemplada, actualmente, en el art. 10.2.II de la Ley 42/1998, para los casos en que la información facilitada no fuese veraz). Notemos, sin embargo, que desaparece de la Directiva 2008/122 la resolución por falta de suministro de la información pertinente (art. 5.1.II Directiva 94/47), que parece quedar embebida en la facultad de desistimiento.

8) Finalmente, como ya ha habido ocasión de apuntar, se refuerza la prohibición de todo tipo de anticipos durante el plazo de desistimiento (contrátese con el art. 76 TR-LGDCU que, por el contrario, no los prohíbe, lo que redundaría en su inaplicación como supletorio), extendiéndose la prohibición a la constitución de garantías, las reservas de dinero en cuentas, el reconocimiento de deuda o cualquier otra contrapartida al comerciante o a un tercero. Para los contratos de reventa, se prohíben los mismos actos hasta que la venta haya tenido lugar «o se haya dado por terminado el contrato de reventa por otras vías», expresión esta última bastante difícil de entender, puesto que, si la Directiva tiene como objetivo, en este punto, garantizar que el consumidor no deba abonar comisiones ni similares hasta que se haya alcanzado el resultado perseguido (la venta del turno), mal puede concebirse que deba satisfacer otras cantidades (que, en cualquier caso, ya no serían anticipos) si el contrato de reventa se extingue por otras causas, como no sea el incumplimiento del propio consumidor (es decir, que la venta del turno no haya tenido lugar por causas que le sean imputables y deba por ello compensar al comerciante). No obstante, estas dudas surgen porque la Directiva no aclara, como acertadamente se destacó respecto de la propuesta (Puente de Pinedo, cit., II.2. y 4), si se garantiza o no, en qué plazos y en qué condiciones el resultado de la gestión de reventa, lo cual es extensible también a los contratos de intercambio. Este ha sido el principal problema que han generado en la práctica y la Directiva no le da solución, salvo que esta quiera deducirse de la definición de reventa contenida en el art. 2. En consecuencia, parece que quedará al arbitrio de los Estados miembros determinar si la reventa y el intercambio generan obligaciones de resultado o no. Si se opta por la transposición literal de la Directiva, quedará la decisión, una vez más, en manos de los tribunales, lo cual es difícil de conciliar con la finalidad de armonización máxima que preside la Directiva, especialmente si se tiene en cuenta que la armonización, en ese contexto, exigiría una interpretación uniforme por parte del TJCE, para evitar que los distintos tribunales nacionales generen, de hecho, divergencias en el trato a los consumidores.

Estas novedades van a determinar la necesidad de una profunda modificación de la regulación actualmente contenida en la Ley 42/1998 (es preciso incluir los contratos de productos vacacionales de larga duración y la posibilidad de que se constituyan derechos turnarios sobre bienes muebles; eliminar la duración mínima del turno y establecer como plazo mínimo del contrato que supere el año; adecuar el contenido del contrato y de la información precontractual; adoptar los formularios de información y desistimiento; reformar la regulación del derecho de desistimiento, permitir la «flotabilidad», etc.). Quizá sea el momento oportuno para replantear los puntos de partida sobre los que se basaba la legislación de 1998 (naturaleza real o personal, obligatoriedad de la empresa de servicios, existencia de una comuni-

dad de titulares, imposibilidad de constituir el régimen sobre alojamientos individuales, requisitos de comercialización, etc.) que, si bien podían tener sentido en el marco de una normativa comunitaria de mínimos, son difíciles de compaginar con una armonización máxima de ciertos aspectos de naturaleza puramente contractual. Si bien es cierto que los Estados pueden regular materias que no caigan en el ámbito de aplicación de la Directiva, esta vez la transposición es más delicada, al tratarse de una norma de armonización plena. Así, por ejemplo, quizá no quepa ya prohibir la constitución de derechos de aprovechamiento por turno sobre alojamientos individuales. En 1998, lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley española de transposición se vio como una protección suplementaria para el consumidor, puesto que pretendía asegurar la implicación del propietario gravado y de la empresa de servicios respecto a un conjunto de alojamientos. En la actualidad, pese a tratarse de una previsión que no afecta directamente a aspectos propiamente contractuales, las definiciones del art. 2 de la Directiva llevan a entender que el régimen (contractual) que prevé es aplicable también, sin duda, a los alojamientos individuales. Seguramente, a efectos de clarificar el régimen, sería procedente deslindar la regulación contractual de la real con nitidez. Y ello permitiría, como efecto colateral positivo, comprender mejor las relaciones entre derecho estatal y derecho autonómico, al menos hasta que (y si) las Comunidades Autónomas con competencia para ello se decidan a transponer la Directiva.

4. LA NUEVA NORMATIVA COMUNITARIA Y LA REGULACIÓN CATALANA DE LA COMUNIDAD ESPECIAL POR TURNOS

Como es sabido, el legislador catalán de 2006 decidió incluir en el Código civil de esta Comunidad Autónoma una regulación de la comunidad especial por turnos (arts. 554-1 a 554-12). Entre las diversas alternativas que tenía a su alcance, optó por crear un régimen jurídico nuevo (con distintos matices, Gete-Alonso y Calera, «Panorámica general de la configuración de la comunidad especial por turnos en el Código civil de Cataluña», en Garrido Melero (Coord.). *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2008, pp. 160 y 172 y ss.), que opera sobre la base de una comunidad ordinaria subyacente. El turno (que es un nuevo bien incorporal: art. 531-5) determina el goce del bien, atribuyendo una utilidad temporal, periódica y exclusiva del bien y excluyendo la regla general de utilización simultánea propia de la comunidad ordinaria. Los turnos son independientes entre sí (lo que explica que no se generen derechos de adquisición preferente: art. 554.1.2.c), son objetos diferenciados de tráfico jurídico (art. 554-9.c) y pueden ser objeto de derechos reales; esta autonomía viene reconocida también registralmente, por medio del sistema de pluralidad de folios (art. 554-7.2). Pero, a pesar de que se creen estos nuevos bienes incorporales por efecto del establecimiento del régimen, el bien físico sobre el cual se constituye la comunidad por turnos sigue existiendo y siendo objeto de derecho; en primer lugar, de derecho de propiedad. El acto de constitución del régimen es, pues, un acto de disposición sobre el bien físico o material, que crea nuevos objetos de derecho, incidiendo así en la configuración del bien. Por ello, sólo el propietario único o los distintos copropietarios en comunidad ordinaria del bien están legitimados para su establecimiento (art. 554-6) y, correlativamente, es necesario el consentimiento unánime de

todos los cotitulares para su extinción (art. 554-8.1), con exclusión, por tanto, de la acción de división (art. 554-1.2.c). Entre la titularidad de los turnos y la copropiedad sobre el bien la relación es estrecha, ya que coinciden subjetivamente los titulares de los turnos y los titulares de las cuotas. En esto, principalmente, se distingue la comunidad por turnos del régimen jurídico por excelencia, la propiedad horizontal, donde la idea de cotitularidad se proyecta sólo sobre los elementos comunes, concebidos como vehículo para el aprovechamiento de los bienes privativos. La idea de régimen jurídico es la que explica que pueda existir la comunidad especial por turnos aunque el propietario inicial no haya enajenado ninguno o si todos se reúnen en una misma mano con posterioridad, sin perjuicio de que, en estos casos, el régimen no esté desarrollando su función económica típica.

Los conceptos de turno y cuota no son, sin embargo, equivalentes. El turno opera en todo lo que concierne al régimen, mientras que la cuota es esencial a la copropiedad sobre el bien; entre ambos conceptos, aparece la noción del valor del turno. Este es irrelevante a los efectos de atribuir derechos de voto (art. 554-3) y lo mismo hay que concluir respecto de las reglas relativas a la validez de las convocatorias y al quórum necesario. En cambio, el valor del turno adquiere relevancia, incluso durante la vigencia del régimen, para determinar la cuota de contribución a los gastos (art. 554.5.1.d) y opera como medida del reparto de cuotas en copropiedad ordinaria en el momento de la extinción del régimen (art. 554-8.2). Las diferencias en el valor de los turnos (por corresponder, por ejemplo, a temporadas distintas) se traducen en cuotas en copropiedad también distintas. Esta misma idea sirve para resolver, gracias al acrecimiento (art. 552-5-2), el problema de los turnos vacantes.

La creación de un nuevo régimen jurídico se justifica por diversas razones. Así, por el número potencialmente elevado de titulares y por el hecho de que, si en la propiedad horizontal se requiere una organización porque los titulares de elementos privativos comparten elementos comunes, aquí la cuestión se agrava, ya que el goce se reparte temporalmente sobre el mismo bien, que es preciso conservar y reparar en beneficio común. Además, en la comunidad por turnos catalana, no hay un propietario gravado ni una empresa de servicios que se encargue del mantenimiento y que puedan tener interés en la gestión del bien, sino que la administración corresponde a los únicos titulares existentes, los titulares de los turnos, que, al menos por razón del régimen, no coincidirán nunca en el mismo lugar y al mismo tiempo.

Como se desprende de estas pinceladas, la comunidad por turnos catalana responde a la idea de «multipropiedad» en sentido lato, que el legislador estatal quiso desterrar al transponer la Directiva 94/47. Siendo así que la Directiva 2008/122 sigue respetando la distinta caracterización de los derechos de aprovechamiento por turno y similares en los Estados miembros, nada obsta a que las divergencias surjan también dentro de un mismo Estado. Sin embargo, especialmente al delimitar el ámbito de aplicación de la comunidad especial por turnos, el legislador catalán se colocó en una situación complicada, por un excesivo temor a invadir aspectos ya regulados por la Ley 42/1998, aunque, según el Preámbulo, su objetivo fuese mantenerse al margen de la Directiva 94/47, cosa que, como en seguida se verá, no consigue.

Aparte de otros aspectos de la regulación catalana que son incoherentes con la naturaleza jurídica elegida (como la fijación de plazos mínimo y máximo, por lo demás idénticos a los contenidos en la Ley 42/1998; *vid.* también Gete-Alonso y Calera, *cit.*, pp. 184 y 185), el precepto que mayores problemas genera es el art. 554-2.

En su primer apartado, establece que pueden ser objeto de la comunidad los edificios destinados a vivienda unifamiliar. Esta opción parece perfectamente admisible (imaginemos el caso de personas que necesitan vivir en determinado lugar durante ciertos periodos), pero delata la voluntad de no colisionar con la ley estatal (art. 1.2 de la Ley 42/1998, que exige que al menos 10 alojamientos estén sujetos al régimen que contempla, siendo así que de otro modo procedería la sanción de nulidad prevista en el art. 1.7), que no con la normativa comunitaria, que ni en 1994 ni en 2008 excluye las viviendas unifamiliares. En la misma línea, el apartado 3 del art. 554-2 establece que no pueden ser objeto de comunidad por turnos los edificios en régimen de propiedad horizontal ni los elementos privativos que lo integren, salvo que se trate de edificios con menos de 7 elementos privativos y que se constituya una comunidad por turnos sobre cada unidad o elemento. Nuevamente, la simetría con el art. 1.2 de la Ley 42/1998 es evidente. En efecto, si en el apartado 1 se ha afirmado que pueden ser objeto de la comunidad las viviendas unifamiliares, ¿por qué no pueden serlo los distintos elementos privativos de un edificio organizado en régimen de propiedad horizontal? En el marco de la regulación catalana, no debe preocupar la necesidad de garantizar una eventual prestación de servicios vinculada al régimen de aprovechamiento. Desde esta perspectiva, todavía tiene menos sentido que deba tratarse de edificios con menos de 7 elementos privativos, especialmente si luego resulta que el régimen debe constituirse sobre cada uno de estos y no sobre el inmueble en su conjunto. La referencia a los 7 elementos privativos no tiene otra explicación que la intención de evitar cualquier coincidencia con los 10 alojamientos previstos en la Ley estatal (más generosamente, Gete-Alonso y Calera, cit., p. 167, intenta explicar la norma por el objetivo de evitar una complejidad excesiva).

Por otro lado, el art. 554-2.2 permite que se constituya la comunidad especial por turnos sobre bienes muebles, siempre que sean susceptibles de un uso reiterado y divisible en el tiempo, entre los que cita las aeronaves no comerciales y las embarcaciones; el carácter «no comercial» debe predicarse de toda aeronave o embarcación que no se destine al transporte regular de pasajeros y no como exclusión de bienes muebles destinados a una actividad económica lucrativa (en contra, Gete Alonso y Calera, cit., p. 170), como lo demuestra el hecho de que cabe también constituir el régimen sobre maquinaria (tractores, segadoras, etc.), tal y como explican los trabajos prelegislativos, y ello, por otro lado, aunque no proporcionen alojamiento.

En ese afán de respetar la normativa estatal, el legislador catalán olvida incluir entre los posibles objetos de esta comunidad especial las naves industriales y las fincas o explotaciones rústicas, que pueden perfectamente ser de utilidad en este contexto. La única solución es entender que, si pueden ser objeto de la comunidad los locales de negocio en régimen de propiedad horizontal (siempre que se cumplan los absurdos requisitos del art. 554-2-3) y también bienes muebles que no permiten la pernoctación, no hay razón para excluir las naves industriales y las fincas o explotaciones rústicas.

Pero los despropósitos no terminan aquí. El art. 554-2.4 prevé que: «El aprovechamiento por turnos que se establece sobre un edificio o un conjunto inmobiliario o sobre un sector diferenciado de estos para la explotación turística o de vacaciones por temporada debe regirse necesariamente por las normas del contrato de aprovechamiento por turnos.» De nuevo, la redacción recuerda al art. 1.2 de la Ley 42/1998, pero el precepto es totalmente innecesario: ya se ha dejado claro en los apartados precedentes que el régimen sólo

puede establecerse sobre bienes independientes y, además, se trata de una norma relativa a la transmisión de los turnos, que nada tiene que ver con la regulación real de la materia, a la que se dedica el Libro quinto del Código civil de Cataluña. En realidad, lo que hace el legislador catalán es remitir a la norma estatal de transposición de la Directiva 94/47 (entiende, por contra, que remite directamente a la norma comunitaria Gete-Alonso y Calera, cit., p. 169), empleando incluso su terminología, de modo que parece que la implementación de la nueva normativa comunitaria exigirá algo más que «pequeños retoques» en el Derecho catalán (cfr. Munar Bernat, cit., pp. 13 y 15), a menos que esta norma caiga en el olvido y se entienda suplida por la previsión general del art. 149.3 de la Constitución.

Por el momento, parece que hay que entender que la remisión se refiere sólo a aspectos contractuales derivados de la transposición de la Directiva 94/47; es decir, los deberes de información precontractual, la facultad de desistimiento y de resolución, la prohibición de anticipos y lo relativo a los créditos vinculados. Así, una vivienda unifamiliar destinada a usos turísticos podría estar sujeta a la comunidad por turnos catalana, sin que necesariamente exista, por ejemplo, una empresa de servicios encargada del mantenimiento del edificio y habiéndose cumplido únicamente los requisitos de constitución y funcionamiento previstos en los arts. 554-1 a 554-12 del Código civil catalán. Sólo cuando se transmitan estos turnos podrán entrar en juego los arts. 8 a 12 de la Ley 42/1998 (y seguramente también el art. 14, pese a no venir exigido por la Directiva). Lo mismo puede suceder si se destinan a usos turísticos uno o más (pero menos de 7) elementos privativos en propiedad horizontal. Por consiguiente, en Cataluña pueden constituirse comunidades por turnos con destino turístico sobre bienes excluidos de la normativa estatal, aplicando esta última sólo en lo que sea efectivamente transposición de la Directiva, esto es, sólo en lo relativo a los aspectos contractuales. En cambio, cuando los bienes de que se trate se excluyan del ámbito de aplicación de la normativa catalana y se destinen a usos turísticos, la Ley 42/1998 debería entrar en bloque (en muchos casos, para determinar la nulidad del régimen: art. 1.7) en virtud del art. 149.3 de la Constitución. Así, por ejemplo, si se pretende constituir una comunidad especial por turnos sobre edificios de 7 o más apartamentos en régimen de propiedad horizontal.

Pensando en la necesidad de transponer la Directiva 2008/122, si el legislador catalán sigue obviando la regulación de los aspectos contractuales, es de prever que la enumeración de bienes objeto de la comunidad que se realiza en el art. 554-2-1 a 3 quede totalmente denostada. Como hemos visto, estos preceptos han sido concebidos como un reverso cuasi-especular de la definición del ámbito de aplicación de la Ley 42/1998. Debiendo modificarse esta última para adaptarse a la norma comunitaria, las reglas de delimitación del objeto de la comunidad por turnos catalana, ya criticables en la actualidad, perderán incluso esta –llamémosla– justificación. Convendría, pues, volver a una redacción muy genérica, pero mucho más correcta, que se había manejado en los trabajos preparatorios de 2003: «Pueden ser objeto de comunidad los bienes identificables que por su naturaleza sean susceptibles de un uso reiterado y divisible en turnos» (Observatori de Dret Privat de Catalunya. *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, Els drets reals*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior, 2003, p. 174). Esto mejoraría, sin duda, la propia regulación catalana, al tiempo que debería suavizar su compatibilización con la futura regulación estatal (las previsiones catalanas se refieren sólo a aspectos reales, para cual-

quier tipo de bienes; sólo cuando estos –los que sean– tengan un destino turístico o vacacional, entrarían en juego las reglas –contractuales– de transposición de la Directiva). Por otro lado, de no modificarse, la remisión del apartado 4 del art. 554-2 pecará extraordinariamente de parcial, entre otras cosas, porque no incluye los bienes muebles con destino turístico (que, en cambio, la futura ley de transposición sí deberá contemplar) y porque se refiere a conjuntos de alojamientos, cuando, como hemos visto, la Directiva demanda que se incluyan también los alojamientos independientes. Por otro lado, la transposición de la Directiva 2008/122 exige que se proteja a los adquirentes de los productos que contempla siempre que el contrato tenga una duración superior a un año. De nuevo, el legislador catalán deberá modificar el plazo mínimo de la comunidad especial (3 años, según el art. 554-8.1) si no quiere que, cuando el destino sea turístico, entre en bloque la normativa estatal supletoria, sin distinción entre aspectos reales y personales.

No obstante, conviene recordar que la remisión del art. 554-2.4 no tiene por qué seguir siendo una remisión a la regulación estatal. El legislador catalán tiene competencia, no sólo civil (art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; en adelante, EAC), sino también en materia de consumo (arts. 123 y 28 EAC) y de turismo (art. 117 EAC, precepto éste especialmente relevante puesto que su apartado d), que no fue recurrido de inconstitucionalidad, se refiere expresamente a la regulación de los derechos y deberes específicos de los usuarios y de los prestadores de servicios turísticos). Recordemos, igualmente, que el art. 189.1 final EAC, que tampoco ha sido impugnado, establece expresamente lo que ya había fijado con anterioridad la jurisprudencia constitucional: que la existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el Estatuto. Por tanto, con ocasión de la promulgación del muy aplazado Libro sexto del Código civil de Cataluña, podría procederse a transponer la Directiva 2008/122 (v. también el Preámbulo y el art. 3.f) de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña, donde se incluye «la contratación que afecta a los consumidores»). Si con anterioridad se ha sugerido que tal vez convenga deslindar nítidamente aspectos reales y personales del aprovechamiento por turno (turístico o no), la necesidad de esta separación se reitera también en el ámbito catalán, sea la transposición de la Directiva 2008/122 únicamente estatal, o estatal y también autonómica.

Respecto a esta última posibilidad, cabe pensar que, a pesar de la existencia de competencia autonómica, no conviene multiplicar las normas de transposición en el seno de un mismo Estado, a riesgo de generar inseguridad jurídica, especialmente cuando, como es el caso que nos ocupa, estamos frente a contratos de naturaleza generalmente transfronteriza. Esto puede ser verdad en muchos casos y ciertamente sería una labor francamente inútil si se tratara de Directivas que persiguen adecuadamente la armonización máxima. No obstante, ya se ha reflejado en las páginas que preceden que la Directiva que nos ocupa, por un lado, no agota la materia (pensemos en contratos distintos a los definidos en el art. 2 o con duración inferior, por ejemplo), pero, por otro, no es lo suficientemente clara en diversos puntos (en ocasiones, porque es difícil averiguar, nada menos, hasta dónde ha querido llegar la armonización plena) y, por consiguiente, quedan muchos aspectos a determinar por los Estados miembros, de conformidad con su distribución interna de competencias. Así, pensemos que tal vez el Estado español mantenga la

vaguedad de la Directiva en cuanto a la antelación con la que debe proporcionarse la información precontractual o a la garantía de resultado en los contratos de reventa, ¿deben las Comunidades Autónomas con competencia en la materia sumarse a esta incertidumbre? ¿O pueden mejorar el panorama abierto por la Directiva? ¿*Quid* si se plantease la situación inversa? Como siempre, esta va a ser una cuestión polémica, que los distintos planteamientos políticos no contribuyen a resolver, aunque en este caso no parece aventurado señalar como única culpable a la propia norma comunitaria, que, siendo de máximos, no debería permitir las ambigüedades.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo, Comparado y Comunitario

ALEMANIA

Bibliografía (2009)

MARTIN EBERS*

I. DERECHO EUROPEO-CUESTIONES GENERALES

ADRIAN, Axel: *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre: die begrifflichen und («fuzzy»-) logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.

THOMY, Patricia: *Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren*, Nomos, Baden–Baden 2009.

HARRER, Friedrich; ERNST, Wolfgang: *Europäische Rechtskultur. Analyse und Kritik der europäischen Rechtssetzung und Rechtsprechung: Symposium für Heinrich Honsell zum 65. Geburtstag*, CH. Beck, München 2009.

CÁRDENAS PAULSEN, Aura María: *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur*, Kovač, Hamburg 2009.

SNIJDERS, Henk J.; VOGENAUER, Stefan: *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO-CUESTIONES GENERALES

BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J.–ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

BUSSANI, Mauro; WERRO, Franz (eds.): *European Private Law: A Handbook. Volume 1*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

GANNER, Michael (ed.): *Die soziale Funktion des Privatrechts, Festschrift für Heinz Barta zum 65. Geburtstag*, Linde, Wien 2009.

LÖWISCH, Stephan: *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten. Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG–Vertrages*, Nomos, Baden–Baden 2009.

REYMANN, Christoph: *Das Sonderprivatrecht der Handels– und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

SCHMIDT, Martin: *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, de Gruyter Recht, Berlin 2009.

SCHULZE, Reiner (ed.): *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2a. ed., Sellier European Law Publishers, München 2009.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y COMUNITARIZADO

- BOELS, Robert: *Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit. Ein Vergleich der Regelungen des BGB mit dem UN –Kaufrecht, den Lando-Prinzipien und den UNIDROIT – Prinzipien*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- GRUPP, Annabell: *Die Fernabsatzfinanzdienstleistungsrichtlinie 2002/65/EG. Status quo und Reformbedarf*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- HOFBAUER, Markus: *Die mangelhafte Reise. Das Gewährleistungssystem des Reisevertragsrechts aus der Sicht des Reisenden und unter Zugrundelegung des Reisecharakters für eine einzelfallbezogene Ermittlung und Beurteilung der Mangelhaftigkeit*, Ibidem, Stuttgart 2009.
- JANKÖSTER, Jens P.: *Fluggastrechte im internationalen Luftverkehr. Verspätung von Fluggästen, Überbuchung und Annullierung von Flügen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- KLEIN, Jean-Philippe: *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht. Eine konzeptionelle Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- KÖTZ, Hein: *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- MALCHOW, Silke: *Negative Beschaffenheitsvereinbarungen beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Gebrauchtwagen- und Pferdekaufs*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- ROSA, Thomas: *Das Kaufrecht nach dem Zivilgesetzbuch der Tschechischen und Slowakischen Republik. Eine rechtsvergleichende Darstellung im Lichte des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- SAFRAN, Robert: *Werbung und öffentliche Äußerungen nach Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter in das deutsche Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- STENZEL, Uta: *US-amerikanisches und europäisches Reiserecht im Vergleich*, Kovač, Hamburg 2009.
- TRILLMICH, Philip: *Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- WALTER, Daniel: *Die rechtliche Behandlung der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

IV. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- BOST, Jan-Patrick: *Effiziente Verhaltenssteuerung durch den Ersatz von Nichtvermögensschäden. Eine ökonomische Analyse des Schmerzensgeld- und des Geldentschädigungsrechts anhand des deutschen Haftungsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- JACOBI, Alexander: *Die Haftung für Bestandteile und Produkte des menschlichen Körpers nach französischen und deutschen Produkthaftungsnormen*, Alma Mater, Saarbrücken 2009.
- MÜLLER, Christian: *Der Schutz des Privatlebens Prominenter im deutschen und englischen Zivilrecht. Eine Untersuchung der Umsetzung des Caroline von Hannover-Urteils des EGMR mit einem Lösungsvorschlag für das*

deutsche Recht zur Anerkennung eines Rechts auf Achtung der privat-sozialen Sphäre bei funktionalen Personen der Zeitgeschichte, Roderer, Regensburg 2009.

V. DERECHO EUROPEO DE BIENES

KLINGEL, Katharina: *Die Principles of European Law on Personal Security als neutrales Recht für internationale Bürgerschaftsverträge. Ein Vergleich mit dem französischen und dem deutschen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

LENHARD, Anselm: *Die Vorschläge zur Reform des englischen Mobiliarkreditsicherungsrechts. Ein Wegweiser für eine europäische Harmonisierung?* Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

VI. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

FINK-JAMANN, Daniela: *Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft. Eine Bestandsaufnahme nach Erlass der Richtlinie 2000/78/EG und ihrer Umsetzung durch das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) unter besonderer Berücksichtigung der Loyalitätsobliegenheiten im kirchlichen Dienst*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

GASSER, Carolin: *Diskriminierungsbekämpfung nach Art. 13 EGV*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2009.

GERKEN, Lüder; RIEBLE, Volker; ROTH, Günter H.; STEIN, Torsten; STREINZ, Rudolf: *Mangold« als ausbrechender Rechtsakt*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

VII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y MONOPOLIOS

AUGENHOFER, Susanne (ed.): *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

BÄTGE, Johanna: *Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen? Überlegungen zum richtigen Grad von Dezentralität und Harmonisierung im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Nomos, Baden-Baden 2009.

BRENDEL, Claudia: *Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote*, Kovač, Hamburg 2009.

HOLM-HADULLA, Moritz: *Private Kartellrechtsdurchsetzung unter der VO Nr. 1/2003: einheitliche Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch nationale Zivilgerichte*, Nomos, Baden-Baden 2009.

HOLTZ, Marco: *Vergleichende Werbung in Deutschland. Die Zulässigkeit vergleichender Werbung nach der UWG-Novelle*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

JOHNSTON, Nantje: *Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche im Glücksspielrecht. Eine Analyse des deutschen Glücksspielrechts unter*

- Berücksichtigung verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Aspekte*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009.
- LOGEMANN, Hans Philip: *Der kartellrechtliche Schadensersatz. Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- PIOTROWSKI, John: *Verkaufsförderung und Lauterkeit im Recht des Binnenmarktes*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.
- WUTZO, Petra: *Arzneimittelwerbung des Herstellers und Verbraucheransprüche im deutschen und französischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- CASPER, Matthias; JANSSEN, André; POHLMANN, Petra; SCHULZE, Reiner: *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?* Sellier European Law Publishers, München 2009.
- GERMELMANN, Claas Friedrich: *Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union: eine Untersuchung vor dem Hintergrund der deutschen, französischen und englischen Rechtskraftlehren*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- MAYER, Hans-Peter; LINDEMANN, Julia; HAIBACH, Georg: *Small Claims Verordnung. Klage, Verfahren, Urteil und Vollstreckung geringfügiger Forderungen in Europa*, Beck, München 2009.
- OTTAVIANO, Marco: *Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- PERNFUSS, Andreas: *Die Effizienz des Europäischen Mahnverfahrens. Eine kritische Untersuchung wesentlicher Verfahrensmerkmale*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.
- RIESENKAMPFF, Philipp: *Die Beweisbarkeit der Übermittlung unverkörperter Willenserklärungen unter Abwesenden in Deutschland, Österreich und England*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

ESPAÑA

Legislación

ROBERTO YANGUAS GÓMEZ*

La carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (RD 899/2009, de 22 de mayo)

El 30 de mayo de 2009 se publicó en el BOE el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los

* Becario FPU del MEC, U. La Rioja. El trabajo se enmarca en el Proyecto del MICIN: DER 2008-02325/JURI.

servicios de comunicaciones electrónicas. Este instrumento normativo constituye, según se declara en su propia Exposición de Motivos, norma de transposición de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Dicha Directiva ya había sido, no obstante y con anterioridad, objeto de transposición a través del Título VI (arts. 102 a 119) del Real Decreto 424/2005, de 15 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 el presente Real Decreto viene a derogar, de acuerdo a lo dispuesto en el apartado primero de su disposición derogatoria única.

En cuanto su estructura, cuenta el Real Decreto con un total de 32 artículos, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cinco disposiciones finales. Se halla éste asimismo dividido en dos Títulos, el primero de ellos («disposiciones generales») destinado a definir el objeto de la norma, delimitar su ámbito y establecer una serie de definiciones. El Título II, por su parte, contiene la «Carta de Derechos», siendo sus preceptos desarrollados a lo largo de doce capítulos.

Tras aportar un elenco de definiciones (art. 1) y señalar como destinatarios de los derechos reconocidos en la Carta a los «usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas» (ámbito subjetivo de aplicación), el art. 2 hace referencia a la compatibilidad del Real Decreto con otras normas aplicables y en especial con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TR-LGDCU) sobre protección de los consumidores y usuarios y otras normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el ejercicio de sus competencias.

Por lo que respecta al contenido sustancial de la Carta, el art. 4, réplica exacta del todavía vigente art. 27 del RD 424/2005 (dando lugar a una innecesaria duplicación normativa), identifica en su apartado segundo los servicios que han de entenderse incluidos dentro del concepto más amplio de «servicio universal».

A continuación, el Capítulo II va a aportar, a través de su art. 5, una de las más notables novedades del presente Real Decreto. De este modo, va a concretarse en dicho artículo la existencia de un «derecho a celebrar contratos y rescindirlos [*sic*], así como a cambiar de operador». Con independencia del error en que ha incurrido el legislador al referirse a la existencia de un derecho de rescisión, en lugar de a un derecho de desistimiento unilateral, que hubiera sido lo más técnicamente correcto desde un punto de vista jurídico, el art. 5 va a incidir sobre la necesidad de que los operadores cuenten con el consentimiento «expreso e inequívoco» del usuario final a los efectos de acceder a la línea del usuario, en lo que representa un paso más en la lucha del legislador contra el fenómeno del «slamming». Asimismo se va a establecer en el apartado tercero del precitado artículo la prohibición, por parte del prestador, de publicitar una velocidad máxima del servicio superior a la que técnicamente sea posible, algo que deberá ser puesto en relación con el contenido de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Por otro lado, va a ser el art. 7 donde se fundamente la existencia del derecho de desistimiento unilateral al que anteriormente hemos hecho referencia, sujetándolo a una formalidad: que sea comunicado al operador «con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que ha de surtir

efectos», reduciendo así, en beneficio del usuario, el plazo de quince días que establecía la normativa anterior.

En el art. 8 va a fijarse el contenido mínimo de lo que deberá hacerse constar en este tipo de contratos. Las únicas novedades con respecto a la anterior legislación (art. 105.2 RD 424/2005) son: i) la necesidad de contemplar los vínculos existentes entre el contrato de comunicaciones electrónicas y otros contratos; ii) la mención al derecho de desistimiento y el plazo máximo de dos días en el que habrá de surtir efecto; y iii) la referencia a la dirección *web* en la que deberá figurar la información prevista en el art. 12 del propio Real Decreto.

Otra de las novedades que incorpora la Carta es la previsión recogida en su art. 9, donde se determina que «los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrán ser modificados por los motivos válidos expresamente previstos en el contrato». La propuesta deberá ser notificada con una antelación mínima de un mes, otorgando al usuario ante este hecho, la posibilidad de resolver el contrato sin penalización alguna si se muestra disconforme con el cambio.

Ya en el Capítulo III, el legislador establece (art. 12), siguiendo el camino iniciado con el TR-LGDCU y la LCGC, la obligación del prestador de poner a disposición del usuario final «de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias» la información sobre los diversos aspectos del contrato, incluidas las condiciones generales. Deberán además ser estas últimas necesariamente publicadas en un lugar fácilmente accesible de su página de Internet, lo cual contribuye a matizar el régimen de lo dispuesto en el RD 1906/1999, siempre que entendamos que el mismo no se encuentra totalmente derogado.

Dentro del Capítulo IV, en el art. 14, dedicado a las «obligaciones sobre calidad y facturación», se produce una disminución del ámbito de protección de la norma con respecto al antiguo art. 110 RD 424/2005, al suprimir la mención a la necesidad de que la información que los operadores están obligados a prestar sobre la calidad del servicio lo sea tanto de la ofertada como de la efectivamente conseguida, privando de este modo de la utilidad de la comparación. El resto de obligaciones sobre calidad y facturación se mantienen inalteradas con respecto al régimen anterior, con la salvedad de la necesidad de hacer constar en la factura «la fecha, duración y cálculo de la cuantía de la indemnización» por la interrupción temporal del servicio telefónico disponible al público derivada del derecho recogido en el art. 15. Además y en relación con este último derecho, la Carta introduce un nuevo, en cuanto a su contenido, art. 18, dirigido a aclarar que la responsabilidad allí prevista es distinta y compatible con cualquier otra que pudiera surgir con fundamento en otras normas.

Ya en sede del Capítulo V, el art. 16 va a conformar otra de las novedades más significativas del Real Decreto: el establecimiento de un régimen de responsabilidad por interrupción temporal del servicio de acceso a Internet, independiente y separado del aplicable al servicio telefónico. Sin embargo, la creación de este régimen autónomo se ve ensombrecida por una limitación, de origen incierto, al disponer que sólo sea posible la indemnización cuando la interrupción del servicio «se haya producido de manera continua o discontinua, y sea superior a seis horas en horario de 8 a 22».

Con respecto al art. 18, en él se establecen los supuestos de «determinación de los usuarios afectados por una interrupción del servicio telefónico móvil o de acceso a Internet». Nos limitaremos aquí a apuntar la necesidad

de estudiar su posible incompatibilidad con lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Avanzando en el estudio de los aspectos significativos de la norma, el art. 20, relativo a la «interrupción definitiva por impago del servicio telefónico desde una ubicación fija», introduce una modificación respecto al régimen anterior (art. 119 RD 424/2005, derogado), de manera que el impago del cargo por los servicios de acceso a Internet o de servicios de tarifas superiores «sólo dará lugar a la interrupción de tales servicios» y no a la del servicio telefónico en su conjunto.

Por su parte, el anunciadísimo, por lo presuntamente novedoso, procedimiento «rápido» de resolución de controversias entre operadores y usuarios finales (art. 27) no constituye, en realidad, novedad alguna, pues dicho procedimiento existía ya, en idénticas condiciones (incluido el plazo de seis meses para resolver y notificar), en el derogado art. 104 RD 424/2005.

El Capítulo VII (arts. 21 a 24), referente al «derecho a la facturación desglosada, a la desconexión de determinados servicios y a elegir el medio de pago de los servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial» es casi una transcripción literal del régimen anterior, lo mismo que sucede con el Capítulo VII (art. 26), relativo al «derecho a una atención eficaz por el operador». De igual manera, el Capítulo IX (arts. 28 y 29), referente a los «derechos a prestaciones especiales para personas con discapacidad y renta baja» es, por su parte, una reproducción muy aproximada del contenido de los, aún vigentes, arts. 33 y 35 RD 424/2005.

Para finalizar, hemos de señalar que los restantes capítulos tampoco presentan novedades de entidad. El Capítulo X (art. 30) que lleva por título «protección en la utilización de servicios de tarificación adicional» habrá de ser puesto en relación con el contenido de la Orden PRE/361/20002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los servicios de tarificación adicional, así como con la Resolución de 8 de julio de 2009, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes. Mientras que el Capítulo XI (art. 31), relativo al «derecho a la protección de los datos personales» habrá de ponerse en relación con lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su reglamento de desarrollo. Únicamente el Capítulo XII (art. 12) va a aportar una última novedad, al establecer una enumeración de las distintas obligaciones que conlleva este tipo de contratos para los usuarios finales.

En conclusión, nos encontramos ante una norma que, pese a las supuestas novedades que debía introducir, no supone una verdadera ruptura respecto del régimen anterior, sino que recoge de manera autónoma bajo la denominación de «carta de derechos» la mayor parte de las disposiciones que al respecto se encontraban ya en el Título VI del RD 424/2005, incorporando únicamente ciertas novedades puntuales que, como hemos visto, no en todos los casos contribuyen a mejorar el ámbito de protección de los usuarios del servicio.

FRANCIA

Bibliografía (mayo-octubre 2009)

CÉDRIC MONTFORT *

I. MANUALES, GENERALIDADES

BOUTAYEB, Chahira: *Droit matériel de l'Union européenne*, Systèmes. Droit, LGDJ, Paris, 2009, ISBN 978-2-275-03327-3.

GAUTRON, Jean-Claude: *Droit européen*, Mémentos Dalloz, Paris, 13^{ème} édition 2009, ISBN 978-2-247-08362-6.

KENFACK, Hugues: *Droit du commerce international*, Mémentos Dalloz 3^{ème} édition, Paris, 2009, ISBN 978-2-247-08271-1.

II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

FOHRER-DEDEURWAERDER, Estelle: *La prise en considération des normes étrangères*, préface B.AUDIT, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2008, Paris, ISBN: 978-2-275-03345-7.

FULCHIRON, Hugues; NOURISSAT, Cyril; TREPPOZ, Edouard: *Travaux dirigés de droit international privé*, Objectif droit, Litec, Paris 4^{ème} édition, 2009, ISBN 978-2-7710-1192-6.

GUTMANN, Daniel: *Droit international privé*, Cours Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 2009, ISBN 978-2-247-08438-8.

III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Commission Nationale Consultative des Droits de L'homme (CNCDDH): *Les droits de l'homme en France - Regards portés par les instances internationales - Rapport 2009*, La Documentation Française, Paris, 2009, ISBN 978-2-11-007706-6.

DECAUX, Emmanuel-PETTITI, Christophe: *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Droit et justice, Bruylant, Bruxelles, 2009, ISBN 978-2-8027-2652-4.

IV. DERECHO DE LA COMPETENCIA

DEZOBRY, Guillaume: *La théorie des facilités essentielles - Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, Bibliothèque de droit international, LGDJ, Paris,, 2009, ISBN: 978-2-275-03454-6.

* Doctor en Derecho. Abogado en el Colegio de Lyon, Encargado de curso en la Université Jean Moulin, Lyon 3 y en la Université Lumière, Lyon 2.

- NIHOUL, Paul– VERDURE, Christophe: *Droit européen de la concurrence 2009*, Les Codes thématiques, LARCIER, Paris, 2009, ISBN 978-2-8044-3196-9.
- SOFIANATOS, Gerasimos Alex: *Injonctions et engagements en droit de la concurrence - Etude de droit communautaire français grec*, préface C. Lucas de Leyssace, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 2009, ISBN 978-2-275-03435-5.

V. DERECHO DE FAMILIA

- BELSER, Eva Maria; HANSON, Karl; HIRT, Alexandra: *Sourcebook on International Children's Rights*, Bruylant, Bruxelles, 2009, ISBN: 978-2-8027-2708-8.

VI. DIVERSOS

- BOY, Laurence (dir.): *Droit économique et droits de l'Homme*, Droit économie International, Larquier, Paris, 2009, ISBN 978-2-8044-3519-6.
- DALLE-CRODE, Sylvain: *Le fonctionnaire communautaire: Droits, obligations et régime disciplinaire*, Administration et fonction publique, Bruylant, Bruxelles, 2008, ISBN: 978-2-8027-2504-6.
- SNYDER, Francis; MAHER, Imelda: *L'évolution des juridictions européennes: changements et continuité - Sixième rencontre internationale des jeunes chercheurs (RIJC)*, Travaux du CERIC, Bruylant (Emile), Bruxelles, 2009, ISBN 978-2-8027-2765-1.
- THIRION, Nicolas (dir.): *Droit international et européen des sociétés*, droit des sociétés, Larquier, Paris, 2009, ISBN 978-2-8044-3219-5.

Legislación

Supresión del oficio de procurador y Directiva 2006/123, sobre servicios en el mercado interior

Es sabido que el Estado francés no acostumbra a sentirse muy vinculado a sus obligaciones y, especialmente, cuando se trata de transponer directivas sobre el mercado interior. En este sentido, es interesante hacer notar que, a fecha 1 de mayo 2009, Francia tiene abiertos 85 procesos de infracción por falta de transposición del derecho comunitario y ocupa el puesto 23, de un total de 27 Estados miembros, en número de infracciones (*vid.* http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2009/07/affichage-07_2009/scoreboard-090716.pdf). Por eso no dejan de sorprender las recientes declaraciones del Gobierno destacando la importancia del Derecho comunitario. Por un lado, el Ministro de Finanzas, que propone la adopción de una regulación del juego y la apuesta *on line*, se felicita de la sentencia del TSJCE 8 de septiembre de 2009 (*Liga Portuguesa de Futbol & Bwin*, C 42/07, todavía inédita). Por el otro, el Ministro de Justicia acaba de invocar la Directiva 2006/123,

sobre servicios en el mercado interior. Pero lo ha hecho en un contexto que, cuando menos, debe calificarse de curioso. Lo explicamos a continuación.

La política voluntarista del Jefe del Estado francés pasa por reformas ambiciosas cuyo objetivo es, ante todo, modernizar el país y promover el crecimiento económico. Con esta finalidad, el Presidente ha encargado un ejercicio de reflexión a una comisión, dirigida por Jacques ATTALI, que ha redactado un informe, de fecha 30 de enero de 2008, que contiene 316 recomendaciones (*Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, Paris, 2008, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000041/0000.pdf>). En concreto, la recomendación 213 prevé la supresión total de los 444 procuradores que actualmente actúan ante los Tribunales de Apelación y que están reagrupados en 235 despachos. En virtud de un derecho reconocido por el Estado, el procurador tiene el monopolio de la representación de las partes ante los Tribunales de Apelación en los litigios civiles y comerciales. Pero la Comisión ATTALI considera que tal monopolio ya no encuentra justificación alguna en el s. XXI («[...] *les avoués ne rédigent plus les conclusions devant les cours d'appel. Leurs honoraires sont liés au montant du litige et sont perçus indépendamment de l'issue de la procédure, ce qui crée un surcoût artificiel à l'accès à la justice. Dans l'ensemble, leur valeur ajoutée par rapport aux avocats est de plus en plus difficile à justifier pour les justiciables*», en *Rapport*, p. 166) y, en consecuencia, propone la supresión de este oficio dependiente del Ministerio y la conversión de sus actuales titulares en abogados. Algo que, naturalmente, no parece encantar a los afectados.

El lector atento se estará preguntando lo siguiente: ¿Y todo esto qué tiene que ver con el Derecho comunitario o europeo en general? *A priori* nada, puesto que tal supresión obedece a un impulso político francés y, en virtud de los principios de subsidiariedad y de autonomía procesal, en principio los Estados miembros son libres de organizar sus respectivos sistemas procesales en el ámbito interno. Los procuradores se han movilizado para responder al intento de supresión del oficio y, en su caso, para reclamar la indemnización correspondiente a tal pérdida. Sin embargo, se han dado cuenta de que todo eso no servirá para nada (*vid.* la contestación por escrito de la Ministra de Justicia, a un diputado, en *Journal officiel du Sénat* de 2 de julio de 2009, p. 1702). Según el Proyecto de Ley presentado por el Consejo de Ministros, el 3 de junio de 2009, resulta que la supresión de los procuradores responde a las exigencias que impone la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, sobre servicios en el mercado interior (DO L 376, de 27 diciembre 2006). Se trata de una interpretación curiosa, sobre todo si se tiene en cuenta que las actividades de los oficios ministeriales, especialmente en el ámbito judicial, no son objeto de armonización según el art. 2 de la citada norma europea. Es evidente que a los procuradores la Directiva de 2006 no les resulta aplicable, pero ciertamente la norma tampoco se opone a la supresión de la profesión.

En conclusión: en Francia, el Derecho comunitario va ganando presencia *mediática*. Lástima que a veces sólo sirva de pretexto. Es lo que sucede en el caso presente, donde la Dir. 2006/123, no tiene ninguna aplicación.

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN*

Bibliografía (2009)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

- CAFAGGI, Fabrizio; MICKLITZ, Hans-W.: *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- CAFAGGI, Fabrizio; MUIR WATT, Horatia (eds.): *The Regulatory Function Of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.
- EZRACHI, Ariel (ed.): *Article 82 EC. Reflections on its Recent Evolution*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- OTT, Andrea; VOS, Ellen (eds.): *Fifty Years of European Integration. Foundations and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- POIARES MADURO, Miguel; AZOULAI, Loïc: *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- SMITH, Melanie: *Centralised Enforcement, Legitimacy and Good Governance in the EU*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2009.
- TANG, Zheng Sophia: *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

II. DERECHO COMPARADO

- ANDENAS, MadsM; WOOLDRIDGE, Frank: *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- BLOM-COOPER, Louis; DICKSON, Brice; DREWRY, Gavin: *The Judicial House of Lords. 1876-2009*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BROWN, Ronald C.: *Understanding Labour and Employment Law in China*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- CASTELLINO, Joshua; KEANE, David: *Minority Rights in the Pacific Region. A Comparative Legal Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- DANNEMANN, Gerhard: *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- DE GEEST, Gerrit (ed.): *Economics of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.
- FOX, Eleanor M.; SOKOL, Daniel: *Competition Law and Policy in Latin America*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- HEPPLE, Bob; VENEZIANI, Bruno (eds.): *The Transformation of Labour Law in Europe A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

* Supernumerary Teaching Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

- HEPPLE, Bob (ed.): *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- HULS, Nick; ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (ed.): *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings Judicial Deliberations and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- LENZERINI, Federico: *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MARCO COLINO, Sandra: *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- NIEMI, Johanna; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C (eds.): *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy Comparative and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- RINGE, Wolf-Georg; GULLIFER, Louise; THÉRY, Philippe (eds.): *Current Issues in European Financial and Insolvency Law. Perspectives from France and the UK*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- SLOSS, David (ed.): *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- TULIBACKA, Magdalena: *Product Liability Law in Transition. A Central European Perspective*, Ashgate, Aldershot, 2009.
- WEI, Yuwa: *Securities Markets and Corporate Governance. A Chinese Experience*, Ashgate, Aldershot, 2009.
- WILLIAMS, Susan H. (ed.): *Constituting Equality, Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

ITALIA

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

Bibliografia

- I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli *, Mauro Tescaro **, Stefano Troiano ***)
- AA. VV.: *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2009. El fascículo contiene, entre otros, algunos artículos de gran interés para el Derecho privado europeo. En particular: BUSNELLI, F.D.: «La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali»; CONFORTINI, M.: «Il criterio di preminenza nella interpretazione del diritto comunitario (a proposito di un recente manuale di diritto privato europeo)»; D'ALESSANDRO, E.: «La culpa in contraendo nella prospettiva del regolamento CE n. 44 del 2001 e del regolamento CE n. 864

* *Ricercatore di Diritto privato* (Università di Verona).

** *Ricercatore di Diritto privato* (Università di Verona).

*** *Professore straordinario di Diritto privato* (Università di Verona).

del 2007 (Roma II). Rapporti con la tecnica processuale degli “elementi a doppia rilevanza”».

- AA. VV.: *Rivista di diritto civile*, n. 4, 2009. El fascículo contiene, entre otros, algunos artículos de gran interés para el Derecho privado europeo. En particular: SCALISI, V.: «Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo»; BALLARINO, T.: «Il notaio e il diritto comunitario»; TERRÉ, F.: «Gli effetti del contratto nel “Codice europeo dei contratti”».
- DONA, M.: «La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale», en *Obbligazioni e contratti*, n. 7, 2009, pp. 582 ss. El autor analiza la reciente propuesta de Directiva comunitaria, sobre los Derechos de los consumidores (COM (2008) 614), que trata de reformular y armonizar las cuatro directivas que, según el autor, engloban una protección íntegra del consumidor: Dir. 85/577/CEE, Dir. 93/13/CEE, Dir. 97/7/CE y Dir. 99/44. El autor examina la adecuación del enfoque de máximos por el que opta la directiva y manifiesta sus reservas en torno al nivel de protección ofrecido.
- LIPARI, N.: «Il problema dell’effettività del diritto comunitario», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 2009, pp. 887 ss. El artículo afronta el delicado problema de las fricciones potenciales entre el Derecho comunitario y los ordenamientos nacionales y advierte que las mismas no pueden resolverse desde la óptica que señala que el Derecho privado europeo consistente en una progresiva armonización de las distintas normas nacionales de Derecho privado. El autor considera, más bien, que el Derecho europeo debe ser analizado desde el prisma de la eficacia, entendida ésta como cualidad del sistema normativo individualizado históricamente y no como un hecho verificable empíricamente.
- PACIA, R.: «I principi di diritto europeo della famiglia», en *Europa e diritto privato*, n. 2, 2009, pp. 227 ss. El artículo ilustra el trabajo que hasta la fecha ha venido llevando a cabo la *Commission on European Family Law* (CEFL) con sede en Utrecht, creada en el año 2001 con la finalidad de elaborar una serie de principios de Derecho europeo en materia de familia. El autor hace hincapié en la metodología, basada en el *common core* de las normas mayoritariamente seguidas en distintos ordenamientos jurídicos nacionales, aunque, en determinadas circunstancias, se ha seguido el *better law approach*, esto es, se ha procedido a la selección de unas normas en detrimento de otras, aun no siendo las mayoritariamente seguidas en los ordenamientos objeto de comparación.
- STANZIONE, P. –MUSIO, A. (a cura di): *La tutela del consumatore*, en BES-SONE, M. (dir.): *Trattato di diritto privato*, vol. XXX, Torino, Giappichelli, 2009. El volumen tiene por objeto el estudio de muchas de las disciplinas que pueden considerarse encuadradas dentro de la protección del consumidor y, señaladamente, las que atañen a: educación e información, publicidad y otras comunicaciones comerciales, prácticas comerciales, crédito al consumo, contratos concluidos fuera de establecimientos comerciales, contratos a distancia, contratos de *timesharing*, contratos relativos al suministro de servicios turísticos, servicios públicos, de inversión, cláusulas abusivas, venta de bienes de consumo, seguridad de los productos, responsabilidad por daño causados por productos defectuosos, asociaciones de consumidores y usuarios y acciones colectivas.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa*)

1. **Derecho privado**

- BARELA, Valentina: *Diritto privato regionale, foral ed autonomico. Verso un diritto europeo della persona*, Collana Comparazione e diritto civile, diretta da Autorino Gabriella, Stanzone Pasquale, 2009, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 402, ISBN 9788834886359.
- CERCHIA, Rossella: *Uno per tutti, tutti per uno. Itinerari della responsabilità solidale nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, pp. 296, ISBN 8814146349.
- FIorentINI, Francesca: *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Napoli, ESI, 2009, pp. 636, ISBN 8849518269.
- FRADEANI, Francesco: *Scritti di diritto processuale civile comparato*, Macerata, Simple edizioni, 2009, pp. 260, ISBN 8862591055.
- IORIATTI FERRARI, Elena; CAVAGNOLI, Stefania: *Tradurre il diritto*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 280, ISBN 9788813298654.
- PALADINI, Mauro (a cura di): *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione, profili di diritto civile, penale e comparato*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 452, ISBN 9788813282325.
- ROSSI, Giuseppe: *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, presentazione di Mario Serio, Collana Comparazione e cultura giuridica, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 316, ISBN 9788834874691.
- SOMMA, Alessandro (a cura di): *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 190, ISBN 9788834895153.

2. **Derecho público**

- BARTONE, Stefano: *Società di revisione dei conti. Problematica civile e penale. Sistema angloamericano e italiano*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 85, ISBN 8834895789.
- BLANCO VALDÉS, Roberto; IACOMETTI Miryam: *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, II edizione, a cura di Myriam Giacometti, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 252, ISBN 9788834895771.
- CERRINA FERONI, Ginevra; FROSINI, Tommaso Edoardo; TORRE, Alessandro (a cura di): *Codice delle costituzioni, Volume I, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Spagna, Svizzera, Usa e Weimar*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 400, ISBN 9788834896068.
- CERVATI, Angelo Antonio: *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 256, ISBN 9788834875049.
- DEZZA, Ettore: *Breve storia del processo penale inglese*, Collana Il diritto nella Storia, diretta da Santarelli Umberto, 2009, Torino, Giappichelli, pp. 172, ISBN 9788834896105.
- DURANTI, Francesco: *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 270, ISBN 9788834894811.
- FABIANO, Laura: *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Collana Le frontiere del diritto, diretta da Lombardi Giorgio, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 250, ISBN 9788834894996.

* *Ricercatrice di Diritto Privato Comparato* (Università degli Studi di Torino).

- GRIGLIO, Elena: *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 482, ISBN 8813290543.
- GUZMÁN DAL BORA, José L.: *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Trento, edizioni dell'Università degli Studi di Trento, 2009, pp. 160, ISBN 8884433002.
- MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro (a cura di): *Diritto pubblico comparato*, III edizione aggiornato con tutte le novità costituzionali e legislative intervenute negli ordinamenti europei ed extraeuropei (Unione europea, Italia, Francia, Regno Unito, ecc.), Torino, Giappichelli, 2009, pp. 526, ISBN 9788834895832.
- VIDA, Silvia: *Diritti umani. Trasformazioni e reazioni*, Collana Ricerche di diritto comparato, Bologna, Bonomia Univ. Press, 2009, pp. 408, ISBN 8873954227.

Legislación

(MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO)

Class action y L. 23 julio 2009, n. 99. El nuevo art. 140 bis Codice del consumo

La conocida como *class action* fue inicialmente introducida en el ordenamiento jurídico italiano mediante la Ley de presupuestos (*Legge finanziaria*) para 2008 y, precisamente, en el art. 2, párrafos 445 a 449, de la L. 24 diciembre 2007, n. 244, que introdujo en el *Codice del consumo* (Decreto Legislativo 6 septiembre 2005, n. 206) un nuevo art. 140 bis. El art. 49 de la L. 23 julio 2009, n. 99 (publicada en la G.U. 19 junio 2009, n. 140, suppl. ord. n. 95/L) contiene las «*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*» y modifica el citado art. 140 bis. Debe señalarse que el art. 140 bis Ccons. todavía no ha podido ser aplicado, porque la fecha de su entrada en vigor ha sido repetidamente prorrogada. Finalmente, el art. 23 del Decreto legislativo de 1 julio 2009, n. 78, fija la entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2010. Entre las novedades más destacadas debe mencionarse la atribución de la legitimación activa— originariamente reservada a las asociaciones nacionales de consumidores y usuarios registradas en el Ministerio de economía (art. 137 Ccons)— tanto a las asociaciones y grupos que, aunque no estén registrados y, por tanto, incluidos en el elenco oficial, hayan sido consideradas por los jueces «suficientemente representativas de los intereses colectivos que hacen valer»— como a cada uno de los componentes de la clase. Por tanto, la nueva acción de clase podrá ser ejercida, no sólo por entes colectivos, sino también por los consumidores y usuarios a título individual, según la definición que proporciona el art. 3 Ccons.: personas físicas que actúan con una finalidad ajena a su actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional.

Ley 7 de julio de 2009 y la reforma de los art. 67.6.º y 144 bis Codice del consumo.

La L. 7 de julio de 2009, n. 88, «*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee—Legge comunitaria 2008*» (GU 14 julio 2009, n. 161, suppl. ord. n. 110), ha modificado dos artículos del *Codice del consumo*: el art. 67.6.º, relativo al derecho de desistimiento, y el art. 144 bis, a propósito de la cooperación entre autoridades nacionales en la tutela del consumidor.

Sección Temática: Espacio Judicial Europeo, Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos Reales, Derecho de Familia, Derecho Antidiscriminación, Derecho de Autor, Derecho de Daños y Derecho de *Trusts* en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVERO TERRADAS*

I. Informe, recopilación jurisprudencial y nueva normativa a propósito del Reglamento (CE) 44/2001

1. INFORME Y RECOPIACIÓN JURISPRUDENCIAL

La crónica anterior (ADC, 2009, 3, 143-147) la dediqué enteramente al Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y al Libro Verde sobre la revisión de dicho Reglamento. Desde su aparición se han publicado dos documentos que considero interesantes y que paso a relatar:

a) Council of the European Union (Brussels, 6 July 2009), 11498/09: Review of Council Regulation (EC) Núm. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters– Relevant case– law of the Court of Justice. Se trata de una recopilación de la jurisprudencia más relevante del TJCE interpretando el Convenio de Bruselas y el Reglamento 44/2001 (el documento puede encontrarse en francés).

b) La Cámara de los Lores del Parlamento Británico (*House of Lords – European Union Committee*) ha publicado un Informe (*Report with Evidence*) sobre el mencionado Libro Verde. Dicho documento puede consultarse en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldecom/148/148.pdf>

2. REFORMA DEL REGLAMENTO

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.

El anexo I del Reglamento 44/2001 enumera las normas de Cooperación Judicial Internacional (CJI) mencionadas en el art. 3.2 y en el art. 4.2 del Reglamento (foros exorbitantes). El anexo II contiene la lista de órganos

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

jurisdiccionales o las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de otorgamiento de la ejecución en los Estados miembros. El anexo III enumera los órganos jurisdiccionales ante los que se puede interponer recurso contra las decisiones de otorgamiento de ejecución y el anexo IV enumera los procedimientos de recurso final contra dichas decisiones. Tras las diversas modificaciones acaecidas con ocasión de las nuevas adhesiones, convenía publicar las versiones consolidadas de las listas que figuran en dichos anexos. Ese es el objetivo del presente Reglamento. Téngase en cuenta, además, que tal y como establece el apartado 4 de la exposición de motivos, Dinamarca no deberá participar en la adopción de las modificaciones del Reglamento Bruselas I, no siéndole aplicables ni quedando vinculado por ellas (ver el art. 3 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil).

II. Legislación

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 [DOCE L200, de 31 de julio de 2009].

Uno de los temas más debatidos desde la comunitarización del Derecho internacional privado ha sido el determinar si es a la Comunidad o a los Estados miembros a quien corresponde la competencia externa para celebrar acuerdos con terceros países. El Reglamento 662/2009 tiene por objeto establecer un procedimiento simplificado para autorizar a un Estado miembro a modificar un acuerdo (bilateral o regional) ya existente o a negociar y celebrar uno nuevo con un país tercero en materias particulares que entren, total o parcialmente, en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I y Reglamento Roma II. El presente Reglamento no se aplicará cuando la Comunidad ya haya celebrado un acuerdo con el país tercero sobre las mismas materias. Por tanto, los Estados miembros que quieran modificar un acuerdo preexistente o celebrar uno nuevo, sólo podrán hacerlo previa autorización de la Comisión, con las limitaciones materiales y temporales previstas en el Reglamento. En cuanto al ámbito material ya ha sido señalado y por lo que respecta al temporal, el art. 14 señala que el Reglamento y el mecanismo de autorización que establece tienen fecha de expiración a los tres años a contar desde el primer día del mes siguiente a la presentación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social de los informes de la Comisión sobre la aplicación de dichos Reglamentos. Por tanto, en principio dicha fecha no será hasta el 1 de agosto del año 2020, pues según el art. 13 los informes de la Comisión no podrán presentarse antes del 13 de julio de 2017.

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 [DOCE L 200 de 31 de julio de 2009].

Establece un procedimiento de autorización a un Estado miembro para que pueda modificar un acuerdo existente o para que pueda negociar y celebrar un nuevo acuerdo con un país tercero sobre las materias reguladas total o parcialmente por el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento en materia de alimentos, en la medida en que dichas materias sean competencia exclusiva de la Comunidad. El Reglamento no se aplicará cuando la Comunidad ya haya celebrado con el país tercero un acuerdo sobre las mismas.

Sobre ambos Reglamentos puede leerse el artículo de Ángel Espiniella Menéndez, «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países [Comentario a los Reglamentos (CE) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y el núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio de 2009], *Diario La Ley*, núm 7252, Sección doctrina, 30 septiembre 2009.

III. Consejo de Justicia y Asuntos de Interior: cooperación judicial en materia civil

Los días 4 y 5 de junio tuvo lugar la sesión n.º 2946 del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior. En ella se trataron varios asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia civil, entre ellos y por lo que se refiere a la sección que comento, destaco:

1. Acuerdos bilaterales con países terceros: El Consejo alcanzó un acuerdo sobre procedimientos para la negociación de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y terceros países en las siguientes materias: 1) La competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias y decisiones en materia matrimonial, responsabilidad parental y las obligaciones de alimentos, así como el derecho aplicable a las obligaciones alimenticias. 2) La ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales.

El objetivo es autorizar a los Estados miembros a modificar acuerdos existentes o a negociar y celebrar nuevos acuerdos con un país tercero en determinados ámbitos del Derecho civil mediante una disposición funcional y simplificada que garantice la salvaguarda del acervo comunitario.

2. Red Judicial Europea: El Consejo ha adoptado una Decisión por la que se modifica la Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. El objetivo es estimular la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros a fin de aumentar la difusión y la aplicación del Derecho comunitario y facilitar el acceso a la justicia para las personas que se enfrentan a litigios transfronterizos. Se ha hecho necesario ampliar y reforzar las misiones asignadas a la RJE en 2001, siendo cuatro las innovaciones introducidas:

a) el refuerzo del papel que juegan los puntos de contacto: cuando sea aplicable la legislación de otro Estado miembro, los tribunales o autoridades

podrán recurrir a los puntos de contacto de la RJE con el fin de obtener información sobre el contenido de dicha ley;

b) el aumento de los recursos humanos, financieros y tecnológicos disponibles en el ámbito nacional para que los puntos de contacto puedan cumplir su cometido satisfactoriamente;

c) la apertura de la red a los profesionales del Derecho, como abogados, notarios y agentes judiciales; y

d) la mejora del acceso a la justicia de los ciudadanos: ofrecer información general a través de la página web de la RJE, que contiene información actualizada en todas las lenguas oficiales de la Unión.

IV. Comisión Europea: espacio de libertad, seguridad y justicia

Durante el período que comentamos, la Comisión ha publicado dos documentos sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia donde se tratan diversos temas relacionados con la cooperación judicial en materia civil y que paso a relatar brevemente:

1. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Justicia, libertad y seguridad en Europa desde 2005: una evaluación del Programa de La Haya y del Plan de acción, COM(2009) 263 final (Bruselas, 10.6.2009) {SEC(2009) 765} {SEC(2009) 766} {SEC(2009) 767}.

El Programa de La Haya (*vid.* mi comentario en la crónica del ADC, 2006, 1, 263-265) ha sido el modelo de la UE para aplicar su visión en materia de acceso a la justicia, protección internacional, control fronterizo, migración, terrorismo y delincuencia organizada, cooperación policial y judicial y el reconocimiento mutuo. La Comisión ha supervisado la ejecución del mentado programa tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros. Sobre la base de esta evaluación, la presente Comunicación resalta los principales temas planteados y considera cómo debe responder la UE a los desafíos del futuro. Tres documentos más largos acompañan la Comunicación:

a) SEC(2009) 765 sobre la ejecución del programa en el que se detallan las diferentes políticas, los objetivos, los avances más importantes y los desafíos futuros;

b) SEC(2009) 766 un «marcado institucional» en el que se ofrece una descripción de los instrumentos y objetivos del programa;

c) SEC(2009) 767 un «marcado de ejecución» sobre la aplicación del programa a nivel nacional.

Como señala la Comunicación, en el marco del Programa de La Haya, la construcción de un «espacio europeo de Justicia» ha comenzado ha producir sus resultados tanto para los Estados miembros como para sus ciudadanos. En materia civil se han conseguido importantes avances gracias a diversos reglamentos comunitarios (muchos de ellos comentados en crónicas anteriores). Por lo que se refiere al reconocimiento mutuo, clave de la cooperación judicial, la UE ha realizado progresos considerables. Según la Comunicación la UE puede felicitarse por lo logrado hasta ahora. El reto de los próximos años consistirá en mantener la dinámica seguida hasta el momento extrayendo las oportunas conclusiones de la experiencia.

2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, COM(2009) 262 final (Bruselas, 10.6.2009).

Se tratan diversos temas relacionados con la creación de un espacio judicial europeo para el ciudadano, en el que se eliminen los obstáculos que subsistan para el ejercicio de sus derechos. Entre los puntos que se comentan destacan los relativos a: la necesidad de proseguir la aplicación del reconocimiento mutuo, el dotarse de una base de normas comunes, el facilitar el acceso a la justicia y el reforzar la presencia internacional de la Unión en materia judicial. En cuanto al reconocimiento mutuo, se considera necesario suprimir de manera general el procedimiento de exequátur de las resoluciones civiles y mercantiles (en la línea de los que plantea el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 44/2001). Ello requerirá la armonización previa de las normas sobre conflictos de leyes en los ámbitos contemplados. Además, podría extenderse a materias aún no cubiertas como las sucesiones y los testamentos, los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación. Se propone que los instrumentos adoptados sean agrupados en un código de cooperación judicial civil para facilitar su aplicación. Por otro lado, el desarrollo del espacio judicial europeo requiere también un cierto grado de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. En el ámbito civil es necesario establecer normas mínimas respecto de algunos aspectos del procedimiento civil en relación con las necesidades de reconocimiento mutuo. Es preciso establecer tales normas para el reconocimiento de las resoluciones sobre responsabilidad parental (incluido el derecho de custodia). El buen funcionamiento del espacio judicial europeo exige en ocasiones que un tribunal nacional aplique la ley de otro Estado miembro. Al respecto, será necesario estudiar el modo de evitar la disparidad de las prácticas actuales en esta materia. Facilitar el acceso a la justicia es esencial en los procedimientos transfronterizos. En este ámbito deben reforzarse las medidas de ayuda jurisdiccional así como mejorar los sistemas de métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente por lo que se refiere a los derechos de los consumidores. Del mismo modo es necesario ayudar a los ciudadanos a superar las barreras lingüísticas que pueden dificultar su acceso a la justicia. Para ello será necesario incrementar el recurso a los mecanismos de traducción automática cuando sea posible, buscar la mejora de la calidad de la interpretación de la traducción de los procesos judiciales, etc. La Unión deberá asimismo prever la supresión de todas las formalidades de legalización de los documentos públicos entre los Estados miembros. Finalmente, con el fin de promover el comercio exterior y facilitar la circulación de las personas, la UE debe desarrollar una red de acuerdos bilaterales con sus principales socios económicos en el ámbito del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Una opción sería abrir el Convenio de Lugano a los principales socios de la Unión.

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

En este periodo se han producido dos novedades anunciadas. En primer lugar, la celebración de un Convenio sobre competencia judicial y reconoci-

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

miento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil entre algunos Estados. En segundo lugar, al margen de unas modificaciones escasas a las Instrucciones prácticas a las partes del Tribunal de Primera Instancia (DO L 184/8, 16 de julio de 2009), se han producido unas modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia en cuanto al procedimiento en materia de propiedad intelectual, así como al procedimiento de reenvío en caso de que se haya estimado el reexamen. Esta última modificación tiene mayor calado y, por ello, es preciso comentarla con mayor extensión.

1. Competencia judicial

Destaca la *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* (DO L 147, de 10 de junio de 2009), acompañada de su corrección de errores, celebrado con Islandia, Noruega, Suiza y Dinamarca. La decisión supone la lógica armonización del régimen jurídico vigente en esta materia con los mencionados Estados, a lo dispuesto en el Reglamento CE 44/2001. A dicha Decisión se añade el también lógico Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca (DO L 149/80 12 de junio de 2009). Siendo dicha Decisión una simple armonización, poco resta comentar al respecto, salvo saludar que por fin se haya emitido dicha norma jurídica, para acabar con la dispersión de regímenes, así como llamar la atención especialmente del protocolo núm. 1 del Convenio, relativo a relevantes cuestiones de competencia, notificación y ejecución.

2. Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Modificaciones del Reglamento de procedimiento (DO L 184/10, 16 de julio de 2009).

No parece que fuera precisa una reforma del reglamento del Tribunal de Primera Instancia en materia de reenvío en los escasos supuestos en que el Tribunal de Justicia ha decidido estimar un reexamen. Y ello porque la labor a desempeñar en estos casos por el Tribunal de Primera Instancia no difiere excesivamente de la que deberá realizar como consecuencia de una casación, por lo que quizás hubiera sido procedente una regulación única para ambas cuestiones.

En concreto, la reforma, en lo sustancial, permite, a criterio del Presidente, que de la nueva decisión acerca del asunto conozca otra Sala diferente del Tribunal de Primera Instancia, de aquella a la que conoció de la resolución reexaminada y, por tanto, revocada, salvo que del asunto originariamente ya se hubiera encargado el pleno o la Gran Sala. Tras ellos, se establece el plazo de un mes para que las partes presenten sus alegaciones, disponiéndose la opcional celebración de vista, a criterio del tribunal.

Aparte de la crítica a la dispersión procedimental, debe alabarse el hecho de que el asunto, en algunos casos al menos, se atribuya a una sala distinta a la que pronunció la resolución revocada, a fin de evitar un evidente riesgo de prejuicio, o bien una cierta rebeldía por parte de dicha sala. Lástima que ello no sea la línea general, sino que dependa de una decisión del presidente y sólo en los casos citados, ya que en el resto, ciertamente, es imposible.

De todos modos, el problema es otro muy diferente. El inconveniente es la existencia propia del reenvío. No tiene sentido que tras un varapalo tre-

mendo como el que supone que el Tribunal de Justicia revoque una resolución en los poquísimos casos en que procede el reexamen, resulte que el Tribunal de Justicia no pueda dictar nueva resolución sobre el fondo, sino que las partes deban acudir nuevamente ante el Tribunal de Primera Instancia para que se dicte nueva resolución, con la pérdida de tiempo y dinero para todos, pero especialmente para las partes, que ello supone.

La existencia del reenvío sólo obedece a un absurdo mantenimiento del por todos olvidado sistema originario de la casación francesa de 1790, en el que, no siendo el primitivo tribunal de casación un órgano jurisdiccional, a fin de respetar la división de poderes era necesario que el «tribunal de casación» devolviera el asunto al Poder Judicial, dado que dicho tribunal, cuya naturaleza jamás estuvo clara, era más próximo al poder legislativo que al judicial (*vid.* Nieva Fenoll, Jordi: *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona 1998, pp. 22 ss).

Pero hoy en día nada de eso puede decirse de los actuales tribunales supremos que conocen de la casación, y mucho menos de los tribunales de la Unión en Luxemburgo. En estas condiciones, el reenvío no es más que una reliquia histórica, carente de todo sentido en la actualidad, que debe eliminarse cuanto antes en una futura reforma, no sólo por los inconvenientes económicos, temporales y de discrepancia entre el Tribunal de Justicia y el TPI que favorece, sino por no tener razón de ser alguna en la actualidad.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

1. Marco Común de Referencia

Conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo 4-5 de junio de 2009 (Sesión 2946). (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/jha/109080.pdf)

El Comité de Derecho civil realiza recomendaciones sobre la estructura y contenido del Marco Común de Referencia, sobre las relaciones entre éste y el Derecho del consumo y sobre la forma que debiera tener el instrumento resultante.

A. ESTRUCTURA Y CONTENIDO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES, DEFINICIONES, REGLAS MODELO

a) Principios fundamentales: son un mínimo, sin perjuicio de que se admitan excepciones; deben aplicarse a todas las fases de la relación jurídica, incluida la precontractual. Deberían perfilarse y describirse minuciosamente en el Marco Común de Referencia los siguientes:

- Principio de libertad contractual (autonomía de las partes);
- Principio de seguridad jurídica en asuntos contractuales que incluye, entre otras cosas, el efecto vinculante del contrato (*pacta sunt servanda*);

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto DER 2008-02325/JURI y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

– Principio de lealtad, que incluye entre otros, los principios de buena fe y de comportamiento razonable.

b) Definiciones

Deben ir referidas a los conceptos clave del Derecho contractual. Se considera prematuro determinar con exactitud cuáles, pero se advierte de la necesidad de que guarden relación directa con el Derecho contractual general, el ámbito de aplicación y las prioridades del Marco Común de Referencia. Ello aconseja excluir algunas definiciones relativas a contratos u otros institutos excluidos del ámbito que abarca el citado marco. Por otra parte, deberían figurar otras definiciones relativas a determinados tipos de contrato que el citado Marco Común de Referencia sí que contempla. Debe prestarse especial atención a las definiciones correspondientes en el ámbito de los contratos de consumo.

c) Reglas modelo

Se considera que una parte del Marco Común de Referencia debería incluir reglas modelo, inspiradas en los principios fundamentales y que utilicen las definiciones elegidas. Deben ser de índole general, para que puedan ser aplicables a todos los contratos y redactarse en términos lo suficientemente amplios como para poder adaptarse con facilidad a todas las situaciones contractuales. Puesto que también los contratos especiales que forman parte del acervo comunitario deben poder incluirse ulteriormente en el Marco Común de Referencia, éste también podría contener reglas modelo más específicos, aplicables a ciertos contratos especiales, sobre todo en el ámbito del Derecho contractual de los consumidores. Se estima que el número de normas modelo debería estar en consonancia con lo que estrictamente son el ámbito de aplicación y los objetivos del Marco Común de Referencia. Así mismo, éste podría ofrecer, bajo ciertas condiciones, soluciones alternativas en relación con el derecho que, en general, sería aplicable.

B. RELACIONES CON LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Se considera que la coherencia exige hacer un seguimiento de la negociación de la Directiva sobre derechos de los consumidores. Pero, a la vez, se reconoce que ambos proyectos son independientes y que persiguen objetivos que pueden no coincidir siempre.

C. FORMA DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

No se proporciona una respuesta definitiva, pero se sugiere que conviene garantizar que se permita un instrumento no vinculante, integrado por una serie de orientaciones que los legisladores comunitarios deberían utilizar en los procesos legislativos.

2. **Propuesta de Directiva horizontal sobre los derechos de los consumidores. Dictamen del Comité de las regiones, de 22 de abril de 2009 (DO C 200/76, de 25 de agosto de 2009)**

El informe es muy crítico con la Propuesta de Directiva horizontal de 8 de octubre de 2008. El Comité suscribe el objetivo político de seguir simpli-

ficando el mercado interior y mejorar el funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores (en especial las PYME), lo cual exige profundizar en el reforzamiento y desarrollo de la protección de los consumidores dentro de la UE. Sin embargo, considera que la propuesta de Directiva es inadecuada porque no sirve para reforzar la confianza de los consumidores en las transacciones transfronterizas. El dictamen expresa una gran contrariedad por el hecho de que sólo se hayan refundido cuatro directivas, denuncia imprecisiones y contradicciones en la norma y es especialmente crítico con el enfoque de armonización plena. Por un lado, porque este entraña el riesgo de que, en aras de la simplificación, determinados Estados miembros deban renunciar a su normativa aunque ésta se haya revelado adecuada y todavía más protectora que la Propuesta en examen. Por eso recomienda un enfoque diferenciado en el que se pueda aceptar la armonización plena sólo en lo referente a reglamentaciones de corte técnico. Por el otro, porque considera que la Comisión vulnera el principio de subsidiariedad: «[L]a Comisión ha de demostrar por qué se otorga a sí misma toda la competencia en materia de reglamentación. Por ello, la armonización plena sólo debería aplicarse en pocos sectores esenciales del mercado interior» (Cdo. 11). Y, finalmente, porque entiende que no es necesariamente cierto que la técnica de armonización plena conduzca a eliminar las barreras en el mercado interior y estimule la competencia: «[...] Los problemas actuales de los consumidores [...] se deben a la inseguridad y la complejidad del cumplimiento de la legislación en las transacciones transfronterizas (barreras lingüísticas, costes de abogados y tribunales). La directiva no brinda mejoras al respecto» (Cdo. 12).

Descendiendo a los contenidos concretos –y en un esfuerzo de contención– el informe señala algunas deficiencias. Por de pronto, se critican las imprecisiones conceptuales en términos como «consumidor» o «comerciante» (Cdo. 16) y ello con razón, puesto que no queda claro si el texto expulsa o simplemente prescinde de los contratos mixtos. Además, se estima que los requisitos generales de información deben simplificarse y que no es de recibo la actual imprecisión de la norma. Como ejemplo, se denuncia una regla como la del art. 5.1 Propuesta, que obliga al comerciante a proporcionar determinada información, «salvo que resulte evidente por el contexto» (Cdo. 17). El dictamen también denuncia que el formulario que se adjunta en el Anexo I no especifica correctamente toda la información que se debe proporcionar al consumidor y, por tanto, se perpetúa el problema que existe en la actualidad para las pequeñas empresas, que se quejan de que no pueden cumplir con sus obligaciones de información sin asesoramiento jurídico (Cdo. 19). En cuanto a las ventas a distancia, insiste en que siguen siendo necesarias aclaraciones y adaptaciones. Por un lado, porque la regulación más allá de las normativas nacionales actualmente vigentes y, por el otro, porque no incluye la excepción prevista en la antigua Directiva sobre contratos a distancia, conforme a la cual no se podrá ejercer el derecho de resolución en el caso de aquellos bienes «que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos» (Cdo. 20). El dictamen tampoco considera oportuno que las ventas a domicilio deban ser objeto de armonización plena, puesto que concluye que la casi totalidad de las mismas se efectúa en el ámbito nacional (Cdo. 21). Es igualmente crítico con el hecho de que las suscripciones a publicaciones periódicas, los juegos de azar y las ventas en subastas por internet no cuenten con un derecho de desistimiento (Cdo. 22). Lo primero no hace sino reiterar lo dispuesto en la Dir. 97/7 (*cf.*, por un lado, el art. 6.3 Dir. 97/7 y, por el otro, el art. 19.1 *g* y *f* Propuesta Directiva) y, ciertamente, hubiera sido deseable revisar el tema en relación con las publicacio-

nes periódicas y revistas (no en lo tocante a la prensa diaria, porque no hay nada más desfasado que el diario del día anterior). En lo que concierne a las subastas, el dictamen cita el ejemplo de Alemania que, según se dice, considera este tipo de operaciones «contratos de venta normales», dando a entender, de esta manera, que este ordenamiento no excluye el desistimiento en tales casos. Llegados a este punto, conviene matizar las cosas. En Alemania, se ha producido una sutil distinción entre el sistema de compra mediante la mejor oferta –sistema que consiste en anunciar un producto con un precio límite de venta al que quien más se acerque se le ofrecerá concluir el contrato–, y lo que se considera auténtica subasta mediante el sistema de pujas en la que hay un precio mínimo de salida, cada oferta anterior se extingue con la posterior y es el máximo pujador quien consigue el producto mediante la adjudicación (sobre el particular, Staudinger/Thüsing, 2005, § 312 *d* BGB, Rn. 67-68). En el primer caso, se entiende que se está ante una venta a distancia concluida según el método tradicional (la mejor oferta del comprador es una declaración de voluntad eficaz dirigida a la conclusión de un contrato con el vendedor que éste acepta porque así lo promete en su anuncio) y de ahí que no resulte de aplicación el § 312 *d*, 4 Nr. 5 BGB, que es el precepto que excluye el derecho a desistir en las compras mediante subasta (para las razones de política jurídica que subyacen en tal distinción, Müko/Wenderhorst, 2007⁵, § 312 *d* BGB, Rn. 43– 44). Desde luego, no existe subasta pública cuando el vendedor se limita a poner un anuncio del tipo «cómpralo ya». En ese caso, sólo se emite una declaración en la que se ofrece vender al precio fijo indicado el bien ofrecido (*vid.* ahora art. 2.15 Propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores).

En relación con las ventas de consumo, el Comité de las Regiones cuestiona la regla que prevé la notificación al vendedor del defecto (Cdo. 24), aunque no formula objeciones respecto del resto del articulado que –cabría añadir–, es igualmente deficiente, porque no proporciona un mosaico completo ni preciso del régimen jurídico del contrato. En fin, en relación con las cláusulas abusivas, el dictamen muestra su preocupación por una posible armonización a la baja (Cdo. 25). El Comité concluye que son precisas aclaraciones y nuevas consultas y recomienda no perder de vista el necesario equilibrio entre un elevado nivel de protección del consumidor y la competitividad empresarial. En este sentido, aconseja evitar tanto las cargas excesivas, en particular para las medianas empresas, como que se rebaje el nivel de protección del consumidor ya muy desarrollado en algunos Estados miembros (Cdo. 31).

3. **Propuesta de reforma de la Directiva, del Parlamento y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales [Bruselas, 8.4.2009, COM(2009) 126 final]**

La propuesta forma parte de la Agenda de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo y aplica la *Small Business Act* [COM(2008) 394] y la Comunicación de la Comisión sobre un Plan Europeo de Recuperación Económica [COM(2008) 800]. Entre las novedades más destacadas, que tratan de mejorar la eficacia y la eficiencia de las medidas contra la morosidad, se encuentra la introducción de un derecho a cobrar los gastos administrativos y a recibir una compensación por los costes internos que provoque la morosidad (art. 4). En el caso de los poderes públicos, la propuesta está destinada a reducir los plazos de pago, mediante la armonización de los de los poderes públicos a las

empresas (30 días), y a desincentivar más su morosidad mediante una compensación a tanto alzado equivalente a un 5% de la cantidad facturada, impuesta desde el primer día de retraso y complementaria de los intereses de demora y de la compensación por los costes de cobro (art. 5).

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

1. Legislación y Resoluciones

a) Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. 8 de abril de 2009 COM(2009) 126 final. 2009/0054 (COD). No altera la naturaleza de la reserva de dominio, cuyo redactado deja intacto en el art. 8. Podría haberse admitido una reserva de dominio compleja.

b) El Reglamento europeo para regular a las agencias de *rating* (http://ec.europa.eu/internal_market/securities/agencies/index_en.htm) –uno de los principales responsables del *crash* financiero y económico que estamos viviendo– sigue en proceso de elaboración, aunque recientemente la Comisión ha tenido el apoyo del Parlamento. Es de lamentar que no se establezca un régimen de responsabilidad civil. Este aspecto queda, en su caso, a criterio de los Estados.

c) Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores (2008/2233(INI)) que, entre otras cuestiones, y por lo que a los derechos reales se refiere, propone que se elabore un estudio sobre los enfoques nacionales divergentes en materia de cláusulas de reserva de dominio y otros mecanismos similares, con objeto de garantizar el reconocimiento mutuo al respecto.

2. Encuentros

a) Los días 26 y 27 de junio tuvo lugar en Turín la reunión del *Common Core* (www.common-core.org), con el tema central *Fifteen years of European Private law*.

b) El grupo que lleva el Proyecto EULIS celebra que, en junio 2009, Austria se ha adherido a su sistema de registro de la propiedad y catastro *on line* (www.eulis.org).

3. Libros

Se ha publicado la versión inglesa del texto creado por el grupo de 32 expertos en derecho hipotecario y registral, al que hacíamos referencia en la anterior crónica. *Vid.* Stöcker, O.; Stürner, R., *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe. Vol. III*, Band 39, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2009. El impacto de esta obra ya se ha hecho notar en algunas entidades de crédito, que la van a utilizar para calcular sus coeficientes de solvencia para los criterios de Basilea II para

* Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

determinar el riesgo auténtico de los créditos hipotecarios que tengan en cartera, que pueden provenir de muchos países de la UE y del resto del mundo. También se han preparado las estadísticas de los resultados para averiguar qué sistemas hipotecarios son más eficientes desde un punto de vista tanto del acreedor, como del deudor y del legislador, que también se verán pronto publicados, posiblemente tras su discusión en la reunión bianual del grupo en Berlín que tiene lugar los días 5 y 6 de noviembre. Para esta reunión está preparado un nuevo cuestionario sobre patrimonios fiduciarios, *trust* e instituciones para-fiduciarias relacionadas con el mercado hipotecario que será comentado entre los 32 investigadores.

Al tiempo, debe señalarse la aparición de una nueva obra (Muñiz, E., Nasarre, S. y Sánchez Jordán, E., *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Madrid, Edisofer, 2009, Edisofer) sobre la reforma del Mercado Hipotecario operada en España por la Ley 41/2007. Ésta es analizada, entre otras perspectivas, desde la óptica del derecho comparado y del derecho europeo y evidencia importantes carencias de nuestra normativa, como que la «nueva hipoteca de máximo» del art. 153bis LH no es tan flexible como la hipoteca recargable francesa; que nuestros valores hipotecarios tienen una regulación inferior a sus homólogos europeos (ausencia de Sachwalter, de un auténtico Deckungsregister monitorizado externamente, indefinición de las garantías, etc.) lo que los hace menos competitivos y, por lo tanto, ello coadyuva a la crisis de solvencia de nuestras entidades de crédito; o que mientras que el Libro Blanco 2007 de la UE sobre la creación de un mercado hipotecario europeo advierte de lo negativo de las *tying practices*, en cambio la Ley 41/2007 dificulta al deudor hipotecario cambiar de entidad de crédito (deberá quedarse con la que tiene, si ésta le iguala la oferta vinculante de la otra); también el Libro Blanco proponía una revisión y una especial precaución con los productos *equity release*, pero la Ley 41/2007 no sólo prescindía de ello, sino que incluso regulaba uno por primera vez –además de manera manifiestamente mejorable–, esto es, la hipoteca inversa. Finalmente debe comentarse que el Libro Blanco había previsto informes hasta 2010, lo que puede implicar novedades en los próximos meses.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

De entre los acontecimientos que se han producido en el segundo semestre del año 2009 destacaremos la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Hadadi*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, Asunto C-168/08, *Hadadi*

La sentencia recaída en el asunto *Hadadi* versa sobre la interpretación del art. 3.1 b) del *Reglamento 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis)*. Dicho precepto otorga

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

competencia en materia de divorcio, separación matrimonial y nulidad, entre otros, a los tribunales de la nacionalidad de los cónyuges.

Los hechos son los siguientes. Los esposos *Hadadi*, que habían contraído matrimonio en Hungría en 1979, emigran a Francia en 1980 y fijan allí su residencia habitual. En 1985 adquieren la nacionalidad francesa sin por ello perder la húngara. En Febrero de 2002 el Sr. *Hadadi* interpone demanda de divorcio frente a los tribunales de Pest, en Hungría. Aunque el Tribunal de Justicia admite no conocer con exactitud el foro de competencia en el que se basa la intervención del tribunal húngaro, parece que la misma se produce en virtud de la normativa interna húngara y en aplicación del foro de la nacionalidad húngara común de los cónyuges. El proceso interpuesto en Hungría concluye con una sentencia de divorcio, dictada el 4 de mayo de 2004, cuatro días después de haberse producido el ingreso de Hungría en la Unión Europea y casi un año antes de que el Reglamento Bruselas II bis fuera aplicable en dicho país. Esta sentencia sería, no obstante, susceptible de reconocimiento en Francia en virtud de lo dispuesto en el art. 64.4 del Reglamento Bruselas II bis, en caso de haberse basado la intervención del tribunal húngaro en criterios de competencia equivalentes a los establecidos en el Reglamento.

Al cabo de un año de haberse planteado el divorcio en Hungría y antes, por tanto, de que hubiera recaído sentencia en dicho país, la Sra. *Hadadi* solicita a su vez el divorcio frente a los tribunales franceses. La demanda interpuesta en Francia es declarada inadmisibile en noviembre de 2005. Dicha decisión es recurrida en apelación. La *Cour d'appel* decide que puesto que la sentencia húngara de divorcio no es susceptible de reconocimiento en Francia procede declarar admisible la demanda de divorcio interpuesta en Francia. Frente a dicha decisión, el Sr. *Hadadi* hace valer que la sentencia húngara ha sido dictada por un tribunal competente en virtud del Reglamento Bruselas II bis al ostentar ambos cónyuges la nacionalidad húngara. Puesto que los esposos son nacionales tanto franceses como húngaros y el reglamento no contiene ninguna disposición respeto a la doble nacionalidad, la *Cour de cassation* decide interponer recurso prejudicial solicitando que el Tribunal de Justicia aclare, a los efectos de la interpretación del art. 3.1 b) del Reglamento Bruselas II bis, (a) si ha de prevalecer la nacionalidad del foro, (b) en caso negativo, si ha de darse preferencia a la nacionalidad efectiva o (c) si en caso de que ambas nacionalidades sean igualmente válidas ha de interpretarse que los esposos tienen una opción adicional a las que ya se deducen del art. 3.1.a) del Reglamento, pudiendo elegir entre la interposición de la demanda de divorcio frente a los Tribunales de las distinta nacionalidades que conjuntamente ostentan.

No sin antes poner de relieve que la situación que se produce en el asunto de autos variará de manera significativa una vez transcurrido el periodo transitorio puesto que tras éste está expresamente prohibido controlar la competencia del juez de origen, el Tribunal de Justicia pone de relieve, en primer lugar, que el Reglamento no prevé cuál ha de ser el tratamiento de las situaciones de nacionalidad múltiple. Conforme a su línea jurisprudencial habitual se señala la conveniencia de una solución autónoma que garantice la uniformidad en la interpretación y aplicación del Reglamento. Dicha solución habrá de basarse en la sistemática del Reglamento y en los objetivos que el mismo persigue.

A partir de estos principios el tribunal entiende que es improcedente dar preferencia a la nacionalidad del foro e ignorar que el demandante ostenta además la nacionalidad de otro Estado miembro. Ello impediría que los cón-

yuges que se hallan en dicha situación puedan prevalerse de las normas transitorias contenidas en el art. 64 del Reglamento para hacer valer frente a los tribunales de un Estado miembro cuya nacionalidad ostentan una sentencia de divorcio dictada en el otro Estado miembro del que son nacionales pese a que dicho último tribunal conoció en virtud de (una de las) nacionalidades de los esposos y éste es uno e los foros del Reglamento.

El criterio de la nacionalidad efectiva también se rechaza, esencialmente porque no hay previsión alguna al respecto en el texto del Reglamento y su introducción generaría una gran incertidumbre. Se señala además que el criterio de la nacionalidad efectiva se superpondría con la residencia habitual común pues es notorio que si una persona ostenta varias nacionalidades, la efectiva suele ser la que coincide con la residencia habitual. Ello tendría como efecto privar a las partes por de una de las posibilidades que ofrece el art. 3 del Reglamento.

En consecuencia si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común cualquiera de ellas sirve como criterio de competencia del art. 3.1 (b) del Reglamento.

VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

STJCE de 27 de octubre de 2009, C-115/08, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landesgericht Linz (Austria), mediante resolución de 5 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de marzo de 2008, en el procedimiento entre Land Oberösterreich y ČEZ as. El Tribunal sentencia que: 1) el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado CEEA se opone a la aplicación de una normativa nacional de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual una empresa, que dispone de las autorizaciones administrativas exigidas para explotar una central nuclear situada en el territorio de otro Estado miembro, puede ser objeto de una demanda judicial que pretenda obtener la cesación de las perturbaciones o de los riesgos de perturbaciones de dicha instalación en las fincas vecinas, mientras que las empresas que disponen de una instalación industrial situada en el Estado miembro del foro y que poseen una autorización administrativa en dicho Estado no pueden ser objeto de tal demanda y sólo están expuestas a una demanda que pretenda el pago de una indemnización por los daños sufridos en una finca vecina; 2) corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme a las exigencias del Derecho comunitario. Si dicha aplicación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

STJCE de 16 de julio de 2009, C-5/08, decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Højesteret (Dinamarca), mediante resolución de 21 de diciembre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de enero de 2008, en el procedimiento entre Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación, por un lado, del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10), y por otro, de los requisitos de exención de los actos reproducción provisionales a efectos del artículo 5 de la citada Directiva (<http://curia.europa.eu/juris/p/>). El Tribunal sentencia que: 1) una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual formado por once palabras, constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, si –lo cual corresponde verificar al tribunal remitente– el producto de dicho procedimiento expresa la creación intelectual del autor; 2) el acto por el que se imprime un extracto formado por once palabras, en un procedimiento de recopilación de datos como el controvertido en el litigio principal, no cumple el requisito relativo al carácter transitorio que recoge el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y, por consiguiente, dicho procedimiento no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor afectados.

VIII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉNTRIGO GARCÍA**

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

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 (Diario Oficial núm. L 131 de 28.5.2009, pp. 24-46)

El presente Reglamento se justifica por la necesidad, en el marco de la política común de transportes, de adoptar nuevas medidas para incrementar

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

** Profesora contratada doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

la seguridad del transporte marítimo. Esas medidas deben incluir normas en materia de responsabilidad por daños causados a los pasajeros, garantizando un nivel de indemnización adecuado a los pasajeros que se vean envueltos en accidentes ocurridos en el mar.

En concreto, el régimen de responsabilidad con respecto a los pasajeros, sus equipajes y sus vehículos, y las normas sobre el seguro u otra garantía financiera, estarán regidas por el presente Reglamento y por los artículos 1 y 1 *bis*, el artículo 2, apartado 2, los artículos 3 a 16 y los artículos 18, 20 y 21 del Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar (Texto refundido del Convenio de Atenas de 1974, y del Protocolo de 2002 del Convenio), y por las disposiciones de las directrices de la OMI para la Aplicación del Convenio de Atenas, aprobadas por el Comité jurídico de la Organización Marítima Internacional el 19 de octubre de 2006 (art. 3 *Responsabilidad y seguro*).

El presente Reglamento entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Será aplicable a partir de la fecha de la entrada en vigor para la Comunidad del Convenio de Atenas y, en cualquier caso, no más tarde del 31 de diciembre de 2012 (art. 12).

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 (Diario Oficial núm. L 258 de 1/10/2009, pp. 11-9)

En aras de una mayor racionalidad y claridad, se procede a la codificación de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, que queda derogada, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional (art. 16).

De acuerdo con el art. 1, las medidas de coordinación prescritas por la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a determinadas formas de sociedades; en España, la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, y la sociedad de responsabilidad limitada.

En materia de responsabilidad, el art. 8 dispone que si se hubieran realizado actos en nombre de una sociedad en constitución, antes de la adquisición por esta de la personalidad jurídica, y si la sociedad no asumiese los compromisos resultantes de estos actos, las personas que los hubieran realizado serán solidaria e indefinidamente responsables, salvo acuerdo contrario.

La presente Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 17).

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 (versión codificada) (Diario Oficial núm. L 263 de 7.10.2009, pp. 11-31)

También en aras de una mayor racionalidad y claridad, se procede a la codificación de las Directivas emanadas en la materia, quedando derogadas

las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 90/232/CEE, 2000/26/CE y 2005/14/CE (art. 29).

Como señala el Cdo. 20, con esta regulación se pretende garantizar a las víctimas de accidentes automovilísticos un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Comunidad en que haya ocurrido el accidente. Ahora bien, se permite que los Estados miembros puedan, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado, mantener o poner en vigor disposiciones más favorables para el perjudicado que las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva (art. 28).

La Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 30).

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 (Diario Oficial núm. L 133 de 29/5/2009, pp. 1-13)

Mediante esta decisión queda aprobada en nombre de la Comunidad Europea la firma del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, celebrado en La Haya el 30 de junio de 2005. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no se aplicará, entre otros, a los acuerdos exclusivos de elección de foro relativos a la responsabilidad por daños nucleares; las demandas por daños corporales y daños morales relacionados con los primeros, interpuestas por personas físicas o en nombre de estas; o las demandas de responsabilidad extracontractual por daños a los bienes tangibles causados por actos ilícitos (art. 2).

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (Versión codificada) Bruselas, 21.4.2009 COM(2009) 185 final 2009/0056 (COD)

En coherencia con el objetivo de simplificación y claridad del Derecho comunitario, la propuesta procede a la codificación de la Directiva 89/552/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). La propuesta respeta en su totalidad el contenido de los textos codificados y se limita, por tanto, a reagruparlos realizando en ellos únicamente las modificaciones formales que la propia operación de codificación requiere.

En materia de responsabilidad, el art. 28 prevé, sin perjuicio de las demás disposiciones civiles, administrativas o penales adoptadas por los Estados miembros, que cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos derechos, en particular en relación con su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una afir-

mación errónea realizada en un programa de televisión, deberá poder disponer de un derecho de réplica o de medidas equivalentes. No obstante, podrá desestimarse la solicitud del ejercicio del derecho de réplica o de las medidas equivalentes si no estuviere justificada, si constituyere un acto punible, si comprometiera la responsabilidad civil del organismo de radiodifusión televisiva o si fuere contraria a las buenas costumbres.

C. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Real Decreto 243/2009, de 27 de febrero, por el que se regula la vigilancia y control de traslados de residuos radioactivos y combustible nuclear gastado entre Estados miembros o procedentes o con destino al exterior de la Comunidad (BOE núm. 80 de 2/4/2009, pp. 3123-31269)

El Real Decreto 243/2009 incorpora a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2006/117/EURATOM del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado y la Decisión de la Comisión 2008/312/EURATOM, de 5 de marzo, por la que se establece el documento uniforme para la vigilancia y el control de los traslados de residuos radiactivos y combustible gastado a que se refiere la Directiva 2006/117/EURATOM del Consejo.

Ha de tenerse en cuenta que la autorización del traslado no afectará en modo alguno a la responsabilidad del poseedor, de los transportistas, del propietario, del destinatario o de cualquier otra persona física o jurídica implicada en el traslado (art. 12.2.º).

Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras (BOE núm. 143 de 13/6/2009, pp. 49948-49993)

El Real Decreto 975/2009 incorpora al derecho español todas las disposiciones de la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre gestión de residuos de las industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE, excepto lo que se refiere en su artículo 15 a la responsabilidad medioambiental, que ya ha sido incorporado al Derecho español por medio de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (Disposición final primera).

Ha de tenerse en cuenta que las autorizaciones concedidas por parte de la autoridad competente no disminuirán en ningún caso las responsabilidades de la entidad correspondiente de acuerdo con las condiciones de la autorización u otras obligaciones legales (art. 15; art. 33).

Igualmente se prevé que la entidad explotadora constituya dos garantías financieras o equivalentes de acuerdo con los arts. 42 y 43, para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en el plan de restauración autorizado. En caso de que la entidad explotadora vaya a realizar labores de investigación, de acuerdo con el art. 10, la entidad explotadora constituirá la garantía financiera o equivalente correspondiente adaptada a sus condiciones específicas. Las garantías financieras o equivalentes reguladas en los arts. 42 y 43 serán independientes de la garantía prevista en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de

Responsabilidad Medioambiental, y en el Reglamento de desarrollo parcial de dicha ley, aprobado por RD 2090/2008, de 22 de diciembre. Esta última tendrá en cuenta la cobertura otorgada por las otras garantías de forma que no se produzca una múltiple cobertura del mismo riesgo o quede algún riesgo pendiente de asegurar (art. 41).

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: STJCE (Sala Primera) de 4 de junio de 2009 (asunto C-285/08).—En el marco de un litigio relativo a la responsabilidad por el daño causado al grupo electrógeno de un hospital como consecuencia del calentamiento de un alterador, se presenta la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 9 y 13 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En concreto, la Cour de Cassation pregunta si la Directiva 85/374 se opone a la interpretación de un Derecho nacional o a la aplicación de una jurisprudencia interna reiterada según las cuales el perjudicado puede solicitar la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso aportando únicamente la prueba del daño, del defecto del producto y de la relación causal entre dicho defecto y el daño. En opinión del tribunal, nada en el texto de la Directiva 85/374 permite concluir que el legislador comunitario, al limitar la reparación de los daños a los bienes, en virtud de dicha Directiva, a las cosas de uso o consumo privado, pretenda privar a los Estados miembros, en nombre del objetivo de garantizar una competencia no falseada y facilitar la libre circulación de las mercancías, de la facultad de establecer un régimen de responsabilidad similar al instaurado por dicha Directiva respecto de la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso. Por consiguiente, puesto que la armonización realizada por la Directiva 85/374 no incluye la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso, dicha Directiva no impide que un Estado miembro establezca a este respecto un régimen de responsabilidad similar al que ella instaura.

Responsabilidad medioambiental

STJCE (Sala Séptima) de 12 de marzo de 2009 (asunto C-402/08).—La decisión declara que la República de Eslovenia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales al no adoptar, dentro del plazo establecido, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

STJCE (Sala Quinta) de 24 de marzo de 2009 (asunto C-331/08).—La decisión declara que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativa necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.

STJCE (Sala Sexta) de 19 de mayo de 2009 (asunto C-368/08).—La decisión declara que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.

STJCE (Sala Quinta) de 18 de junio de 2009 (asunto C-417/08).—La decisión declara que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.

STCE (Sala Séptima) de 18 de junio de 2009 (asunto C-422/08).—La decisión declara que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas requeridas para adaptar el Derecho interno a dicha Directiva.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Indemnización del daño: STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 1 de abril de 2009.—Para determinar los daños y perjuicios causados por un accidente de circulación y la correspondiente indemnización, el tribunal considera que «el Derecho de la Unión Europea parece centrar la cobertura en el concepto de víctima y no de perjudicado, careciendo por ello de aquella condición los que sufren daños o perjuicios reflejos, derivados del fallecimiento del segundo». Así, desestima la reclamación de una conductora, declarada en vía penal como única responsable del accidente, por la muerte de su marido y tres hijas que viajaban en el mismo vehículo como ocupantes; la conductora del vehículo accidentado, precisamente por ser el sujeto del aseguramiento obligatorio y su propia responsabilidad civil el objeto de aquel seguro, carece de legitimación para reclamar los daños morales ligados al fallecimiento de sus familiares.

Ámbito de la responsabilidad extracontractual y prescripción extintiva: STS (Sala de lo civil, Sección 1.^a), de 15 de abril de 2009.—En el marco de un contrato atípico de utilización de autopista, el tribunal se plantea la aplicación a los supuestos de reclamación de daños y perjuicios acogidos a la Ley 256/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, del plazo general de tres años establecido por la normativa europea (Directiva 1985/374/CEE, de 25 julio, Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos). Finalmente, aplica el plazo de quince años, conforme a lo dispuesto en el art. 1964 Cc.

Responsabilidad profesional: STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 27 de mayo de 2009.—El tribunal, como ya hizo en las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 9 de octubre y de 14 octubre 2008, para apreciar la posible responsabilidad por negligencia de los auditores frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada, toma en consideración la Directiva 2006/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

Responsabilidad por error: STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 22 de junio de 2009.—El tribunal considera que de los principios del Derecho comunitario deriva la necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales y se muestra favorable a aplicar el mismo principio a la actuación del árbitro.

IX. EL DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Modificaciones introducidas por la *Loi núm. 2008, 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie* y la *Ordonnance núm. 2009, 112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, en el régimen de la *fiducie* francesa.

En una crónica anterior (ADC, 3, 2007, 1379-1383), se publicó la reseña de la *Loi núm. 2007, 211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*. Esta ley introdujo la *fiducie* en el derecho francés, una figura que, según el art. 2011 *Code Civil*, consiste en la «operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan con una finalidad determinada en provecho de uno o varios beneficiarios». El recelo, que expresó manifiestamente el gobierno francés durante la tramitación parlamentaria, a que la figura pudiera utilizarse con fines fraudulentos empujó al legislador a adoptar

* Prof. Contratada Doctor, Universidad de Cantabria.

ciertas cautelas consideradas excesivas desde algunos sectores. Por una parte, se prohibió la utilización de la *fiducie* por las personas físicas y jurídicas no sometidas al impuesto de sociedades (art. 2014 CC) y se limitó la condición de fiduciario a los establecimientos de crédito, compañías de inversión y compañías aseguradoras, cuyo sometimiento a rígidas reglas de control y transparencia ofrecía mayores garantías de solvencia (art. 2014 CC). Por otra parte, la ley restringió la utilización de la *fiducie* al cumplimiento de fines de gestión y garantía, al sancionar con la nulidad la *fiducie-libéralité* (art. 2013CC).

El escaso éxito que alcanzó la figura durante su primer año de vida llevó al legislador francés a replantearse la necesidad de algunas de estas limitaciones y la promulgación de la *Loi núm. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie* (JO 5.8.2008), desarrollada por la *Ordonnance núm. 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, ha sido la ocasión para ampliar el régimen jurídico diseñado en el año 2007. Así, desde la entrada en vigor de la ley y la ordenanza (el 1 de febrero de 2009), cuyo artículos 18 y 1 a 7, respectivamente, modifican diversos preceptos del Código civil francés, no sólo las personas jurídicas sino también las personas físicas pueden constituir una *fiducie*, con la salvedad de los menores y las personas sometidas a tutela (arts. 408-I y 509.5 CC). También se reconoce esta posibilidad a los sujetos que se encuentran sometidos a curatela, aunque será necesaria la asistencia del curador (art. 468 CC). En aquellos casos en que el constituyente esté sometido a tutela o curatela con posterioridad a la celebración del contrato, éste no se extinguirá pero el fiduciario deberá rendir cuentas de su gestión, anualmente, al tutor o curador, sin perjuicio de la periodicidad que se hubiera fijado en el contrato (art. 2022 CC).

Por lo que respecta a la condición de fiduciario, tal y como se adelantó durante la tramitación parlamentaria de la *Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007*, el legislador ha ampliado dicha función a los abogados (art. 2015CC) que, de acuerdo con el nuevo artículo 6.2.1 del Reglamento Interno del Colegio de Abogados de París (adoptado el 3-4 de abril de 2009, JO 12.5.2009), quedan sometidos, en el ejercicio de su actividad fiduciaria «a los deberes de su juramento y a los principios esenciales de su profesión así como, con carácter más general, al conjunto de disposiciones adoptadas en el mismo reglamento interno nacional». Entre las medidas previstas por el Reglamento para adaptar las reglas aplicables a la abogacía al desempeño de la actividad fiduciaria, cabe destacar la obligación de constituir y mantener un seguro especial que cubra la responsabilidad civil profesional y la restitución de los fondos, títulos y valores recibidos en *fiducie* (obligación también contemplada por el nuevo artículo 27 del código Civil) así como la obligación del abogado de hacer expresamente constar su calidad de fiduciario cuando desempeñe funciones como tal. La negativa inicial de la abogacía a renunciar a sus reglas deontológicas sobre el secreto profesional (que motivó su exclusión de la calidad de fiduciarios con ocasión de la *Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007*) se resuelve en el Reglamento protegiendo el secreto profesional pero obligando al abogado a adoptar las medidas necesarias para permitir a las autoridades (judiciales, administrativas, etc.) a efectuar «los controles y verificaciones previstas por las leyes y los reglamentos en este ámbito, sin que se menoscabe con ello el secreto profesional y la confidencialidad ligadas a las demás actividades de su despacho y a las personas que en él ejercen». En este sentido, el abogado deberá advertir a su destinatario de la no confidenciali-

dad, frente a los órganos de control de la *fiducie*, de la correspondencia que intercambie con ocasión de su actividad como fiduciario. Asimismo, se obliga a seguir una formación específica en aquellas materias ligadas a la ejecución de su misión fiduciaria y a llevar una contabilidad separada, para cada *fiducie*, y respecto de la de sus demás actividades profesionales y personales. Para evitar posibles conflictos de intereses, el Reglamento prohíbe al abogado designado como fiduciario la posibilidad de actuar, al amparo del artículo 2017 CC, como tercero encargado de asegurar la preservación de los intereses del constituyente.

La utilización de la *fiducie* por personas físicas ha llevado al legislador a adoptar ciertas medidas protectoras, como la prohibición de que desempeñe la función de fiduciario el tutor o curador del constituyente (art. 445 CC), la obligación de designar a un tercero encargado de asegurar la preservación de los intereses del constituyente (art. 2017 CC), la de otorgar escritura pública cuando se transmite a la *fiducie* un bien ganancial o indiviso (art. 2012 CC) o la inserción en el contrato de ulteriores menciones obligatorias a las que ya preveía el artículo 2018, para el caso de que se constituya la *fiducie* en garantía del cumplimiento de una obligación. Así, habrá que hacer constar «la deuda garantizada y el valor estimado del bien o derecho transmitido al patrimonio fiduciario» (arts. 2372, II y 2488, II CC).

Si bien el legislador ha ampliado el ámbito subjetivo del régimen jurídico de la *fiducie*, no ha hecho lo propio con su ámbito objetivo: sigue estando prohibida la *fiducie-libéralité*, como medida de salvaguarda de las normas imperativas en materia de sucesiones y liberalidades y del régimen de protección de menores y personas dependientes. Por lo que respecta a la utilización de la *fiducie* con fines de garantía, la *Ordonnance* núm. 2009 – 112 du 30 janvier 2009, portant diverses mesures relatives à la *fiducie*, ha introducido dos nuevos capítulos IV y VIII en el Libro IV, Título II del Código Civil, sobre la propiedad mobiliaria retenida o cedida a título de garantía (arts. 2367 a 2372 CC) y la propiedad inmobiliaria cedida a título de garantía, respectivamente (arts. 2488.1 a 5 CC).

En dichos preceptos se reconoce expresamente la posibilidad de transmitir en *fiducie*, al amparo de los arts. 2011 a 2030 CC, la propiedad de un bien mueble o inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación, sin que la muerte del constituyente persona física conlleve la extinción de la garantía. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada y salvo disposición en sentido contrario en el contrato de *fiducie*, el fiduciario, de ser el mismo acreedor, adquirirá la libre disposición del bien cedido en garantía y, de no serlo, podrá verse compelido por el acreedor a entregarle el bien o, si el contrato lo prevé, a vender el bien y entregar todo o parte del precio. Ahora bien, en ambos casos, el legislador adopta medidas dirigidas a garantizar que, en caso de incumplirse la obligación garantizada, el beneficiario de la *fiducie* no conserve un bien cuyo valor exceda al de la deuda sin indemnizar por ello al constituyente. Así, cuando el valor del bien, determinado por un experto designado por las partes o en su defecto judicialmente, exceda el importe de la obligación garantizada, el beneficiario deberá abonar al constituyente de la *fiducie* «una suma igual a la diferencia entre dicho valor y el importe de la deuda, sin perjuicio del previo pago de las deudas originadas por la conservación o la gestión del patrimonio fiduciario» (arts. 2372.4 y 2488.4 CC). Finalmente, los nuevos capítulos IV y VIII prevén la posibilidad de que el bien transmitido en *fiducie* sea objeto de garantía de otras deudas diferentes a

las mencionadas en el acto constitutivo, y a favor de otros acreedores, siempre que dicha posibilidad haya sido prevista en el contrato.

Otra previsión que ya se contemplaba en la proposición de ley del año 2007 y que ha recuperado ahora el legislador consiste en fijar como duración máxima de la *fiducie* el plazo de 99 años desde la firma del contrato, frente a los 33 años previstos en la *Loi núm. 2007 - 211 du 19 février 2007*. Con ello, la figura se acerca a los términos de vigencia de su homólogo anglosajón, el *trust*.

Es de valorar positivamente que tan solo un año después de su entrada en vigor, el legislador francés haya cumplido con su previsión de flexibilizar el régimen jurídico de la *fiducie*, convirtiéndola en un instrumento al alcance de las personas físicas. Con ello se reconoce la posibilidad de que éstas utilicen la figura con fines de gestión y/o garantía, eliminando la presunción de que los particulares vayan a utilizar la figura como instrumento de transmisión de bienes a título gratuito; posibilidad ésta que sigue estando prohibida por la ley. Otro tanto cabe decir de la incorporación de los abogados a la actividad fiduciaria, circunstancia reveladora de que una persona física, sometida a los oportunos controles, puede desempeñar satisfactoriamente dicho cometido. Esperemos que el desarrollo del régimen jurídico de la *fiducie* no se dé por completado y que con la siguiente reforma se disocie la utilización de la *fiducie-libéralité* de la idea de fraude, se dé cabida a otros profesionales en el desempeño de la actividad fiduciaria y se dote de mayor autonomía, a efectos de responsabilidad patrimonial, al patrimonio transmitido en *fiducie*.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2009)

HELENA TORROJA MATEU *
DAVID BONDIA GARCÍA **

Asunto Opuz c. Turquía (demanda núm. 33401/02), sentencia de 9 de junio de 2009: art. 2 CEDH (derecho a la vida), art. 3 CEDH (prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes) y art. 14 (prohibición de discriminación).

La demandante, Nahide Opuz, es una nacional turca nacida en 1972 y residente en Diyarkabir (Turquía). En 1990 inició una relación H.O., fruto de la cual nacieron tres hijos. Desde el comienzo de esta relación, las querellas por actos violentos fueron continuas. Entre abril de 1995 y marzo de 1998 se produjeron cuatro incidentes que pusieron de manifiesto el comportamiento violento y amenazante de H.O. que fueron denunciados ante las autoridades. Diversos certificados médicos atestiguaban que la vida de la demandante estuvo en peligro debido a golpes especialmente violentos. La madre de la demandante también fue amenazada en diversas ocasiones por H.O., llegando incluso a atropellarla con su propia vehículo. Puesto que, tanto la demandante como su madre, retiraron la demandas inicialmente planteadas, las jurisdicciones internas, en aplicación del artículo 456. 2 del Código penal turco, archivaron las causas.

El 29 de octubre de 2001, la demandante fue apuñalada en siete ocasiones por H.O y llevada al hospital. Acusado de agresión con arma blanca, H.O. fue condenado a pagar una multa de 840 000 libras turcas (385 €) a pagar en ocho mensualidades. En su declaración ante la policía había declarado que su esposa y él se discutían frecuentemente puesto que su suegra se entrometía en su matrimonio.

A consecuencia de esta agresión, la madre de la demandante solicitó la detención de H.O. debido a todos sus antecedentes violentos hacia su hija y hacia ella, alegando que sus vidas estaban en peligro.

El 11 de marzo de 2002, cuando se encontraba en la plaza del acompañante en un camión de mudanzas que partía hacia Izmir, lugar donde había decidido vivir en compañía de su hija, la madre de la demandante recibió un disparo procedente del arma de H.O., quien previamente forzó al conductor a detenerse. Murió en el acto.

En marzo de 2008, H.O. fue condenado por homicidio y por tenencia ilegal de armas. Condenado a cadena perpetua, fue puesto en libertad a la espera de la resolución de la apelación.

En abril de 2008, la demandante se volvió a querellar contra H.O. puesto que éste había comenzado de nuevo a amenazarla a ella y a su nueva pareja. En mayo y noviembre de 2008, el representante de la demandante informó al TEDH que no se había adoptado ninguna medida de protección hacia la interesada.

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

En el análisis de este caso, el TEDH consideró que existía *una omisión por parte de las autoridades turcas de su deber de proteger* a la demandante y a su madre contra los actos de violencia doméstica que sufrieron. El TEDH concluyó, por unanimidad, que existió violación del artículo 2 (derecho a la vida) contra la madre de la demandante, asesinada por el ex-marido de la demandante, aún cuando las autoridades turcas fueron advertidas en diversas ocasiones sobre las amenazas existentes; violación del artículo 3 (prohibición de la tortura y de los malos tratos) en virtud de la omisión por parte de las autoridades turcas de su deber de proteger a la demandante frente al comportamiento violento e incontrolado de su ex-marido; violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en combinación con los artículos 2 y 3 puesto que las agresiones que sufrieron la demandante y su madre estaban relacionadas con su sexo y existía, por tanto, una clara discriminación contra las mujeres. Más teniendo en cuenta que la pasividad general de las autoridades judiciales turcas ante la cuestión de la violencia doméstica y la impunidad de la que gozan los agresores en este país afecta principalmente a las mujeres.

Asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España (demandas núm. 25803/04 y 25817/04), sentencia de 30 de junio de 2009: art. 10 CEDH (derecho a la libertad de expresión) y art. 11 CEDH (derecho a la libertad de asociación).

La organización política Herri Batasuna se constituyó como coalición electoral y participó en las elecciones generales del 1 de marzo de 1979. El 5 de junio de 1986, Herri Batasuna fue inscrita en el registro de partidos políticos del Ministerio del Interior. El 3 de marzo de 2001, el demandante Batasuna depositó en el registro de partidos políticos los documentos para su inscripción como partido.

El 27 de junio de 2002, el Parlamento español adoptó la ley orgánica 6/2002 sobre los partidos políticos (LOPP). Las principales novedades introducidas por la nueva ley constan en el capítulo II relativo a la organización, al funcionamiento y a las actividades de los partidos políticos y en el capítulo III relativo a su disolución o suspensión judicial. La LOPP fue publicada en el B.O.E el 28 de junio de 2002 y entró en vigor al día siguiente.

Por una decisión de 26 de agosto de 2002, el juez central de instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional ordenó la suspensión de las actividades de Batasuna y el cierre, durante tres años, de las sedes y locales que pudieran ser utilizados por Herri Batasuna y Batasuna.

El 2 de septiembre de 2002, el abogado del Estado, en nombre del Gobierno español y para dar seguimiento al acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 30 de agosto de 2002, interpuso ante el Tribunal Supremo una demanda solicitando la disolución de los partidos demandantes, alegando que habían infringido la nueva LOPP puesto que realizaron actividades que demostraban de manera irrefutable una conducta contraria a la democracia y a los valores constitucionales, contraria a los derechos de los ciudadanos y contraria a los principios establecidos en la exposición de motivos de la mencionada ley.

El mismo día, el fiscal general del Estado interpuso, también ante el Tribunal Supremo, una demanda solicitando su disolución, de conformidad a los artículos 10 y siguientes de la LOPP.

El 10 de marzo de 2003, Batasuna solicitó que se interpusiera una cuestión sobre la inconstitucionalidad de la LOPP ante el Tribunal constitucional puesto que consideraba que determinados artículos de esta ley violaban los

derechos a la libertad de asociación, a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de no-retroactividad de las leyes penales menos favorables, de proporcionalidad y el *non bis in idem*, así como el derecho a participar en los asuntos públicos.

Mediante sentencia de 27 de marzo de 2003, por unanimidad, el Tribunal Supremo rechazó su petición alegando que las objeciones planteadas en cuanto a la constitucionalidad de la LOPP ya habían sido examinadas y desestimadas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2003. El Tribunal Supremo declaró a los partidos Herri Batasuna, EH y Batasuna ilegales, decretó su disolución y procedió a la liquidación de su patrimonio.

Mediante dos sentencias de 16 de enero de 2004, por unanimidad, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo formulado por los demandantes.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 19 de julio de 2004 y declarada parcialmente admisible el 11 de diciembre de 2007. Invocando los artículos 11 y 12 del CEDH, los demandantes alegaron que la disolución había violado su derecho a la libertad de asociación. Se quejaron del carácter no accesible y no previsible de la LOPP, así como de la aplicación retroactiva de dicha ley y de la ausencia de una finalidad legítima, considerando que la medida adoptada no era necesaria en una sociedad democrática y carecía de proporcionalidad.

El TEDH estima que la disolución de los partidos demandantes se debe analizar como una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de asociación, «prevista por ley» y persiguiendo una «finalidad legítima» en el sentido del artículo 11 del CEDH.

En cuanto a la necesidad en una sociedad democrática y a la proporcionalidad de la medida, el TEDH, después de recordar la abundante jurisprudencia anterior, estima que la disolución respondía a una «necesidad social imperiosa». Considera que en este caso las autoridades jurisdiccionales internas llegaron a resultados razonables después de un estudio detallado de los elementos de los que disponían para llegar a la conclusión de la existencia de vínculos entre los partidos demandantes y ETA. Teniendo en cuenta la situación que existe en España tras diversos años de atentados terroristas, estos vínculos, según el TEDH, pueden ser considerados objetivamente como una amenaza para la democracia. Según el TEDH, las apreciaciones del Tribunal Supremo deben inscribirse en el marco de la preocupación internacional para condenar la apología del terrorismo. Por tanto, el TEDH considera que los actos y los discursos imputables a los partidos políticos demandantes constituyen un conjunto que da una imagen clara de un modelo de sociedad concebida y recomendada por estos partidos y que sería contradictoria con el concepto de «sociedad democrática».

Por lo que concierne a la proporcionalidad de la medida de disolución, el hecho que los proyectos de los demandantes estuvieran en contradicción con la concepción de «sociedad democrática» y que comportaran un grave peligro para la democracia española llevó al TEDH a considerar que la sanción aplicada a los demandantes era proporcional a la finalidad perseguida en el sentido del artículo 11.2 del CEDH. El TEDH concluye, por unanimidad, que no existe violación del artículo 11 del CEDH. También estima el TEDH que no es necesario examinar la posible violación del artículo 10 puesto que los hechos ya fueron examinados bajo la óptima del artículo 11.

Asunto C. C. c. España (demanda núm. 1425/06), sentencia de 6 de octubre de 2009: art. 8 CEDH (derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar).

El demandante, residente en Salamanca, sufre una enfermedad grave estando además afectado por el VIH. Tras ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta reclama en 2002, una indemnización a la compañía de seguros, en base a un seguro de vida contratado sólo dos años antes. La compañía se niega a tal reembolso y se inicia un proceso judicial en primera instancia (juzgando no 4 de Salamanca) que llega a la Audiencia provincial, negándole ambas al demandante sus pretensiones. Entre otras razones, tal negación tiene en cuenta que el demandante no había declarado su estado de enfermo grave en el momento de suscripción del seguro de vida. Durante el procedimiento en primera instancia, el juez del juzgado núm. 4 de Salamanca había hecho público el dossier médico completo del demandante, pese a su petición constante de que éste no formara parte del mismo, así como de que no se hiciesen públicos ni su identidad ni cualquier referencia al VIH, entre otras peticiones. El demandante planteó ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo, invocando la violación del artículo 18.1 de la CE (derecho a la intimidad personal), entre otros motivos, por haberse hecho públicos durante el procedimiento en primera instancia los informes médicos, y al haberse vinculado su identidad y la enfermedad. El fue desestimado, fundandose, entre otros, en que *«le secret des informations relatives à son état de santé ne pouvait pas s'étendre à la compagnie d'assurances»* Tras examinar el derecho y práctica internas pertinentes (art. 120 CE, Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de 1999 sobre la protección de datos de carácter personal, art. 7.3, LOPJ, 6/1985, de 1 de julio de 1995, y el Código de procedimiento civil, así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia de 114/2006, de 5 de abril de 2006), el TEDH pasa a analizar la alegación de violación del artículo 8. Para la Corte, la medida era sin duda una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del interesado al respeto de su vida privada. Según este artículo, solo se justifica tal injerencia si está prevista por la ley, persigue fines legítimos según el párrafo 2 del artículo 8 y además es necesaria en una sociedad democrática. Para la Corte, la injerencia ha respetado el Derecho interno, estando prevista por ley. Sobre la finalidad de la injerencia, la Corte llega a aceptar que fue necesaria para determinar si la compañía de seguros debía o no la indemnización y por tanto estaba destinada a asegurar el buen funcionamiento del procedimiento y de la protección de derechos y libertades de otros, es decir, de la compañía de seguros. A continuación pasa a examinar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática para lograr tales objetivos, es decir si los objetivos eran pertinentes y suficientes y si la medida era proporcionada a los fines legítimos perseguidos. Al respecto el Tribunal tiene en cuenta el *«rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel – les informations relatives à la santé n'en étant pas les moindres – pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. Faute d'une telle protection, les personnes nécessitant des soins médicaux pourraient être dissuadées de fournir les informations à caractère personnel et intime nécessaires à la prescription du traitement approprié et*

même de consulter un médecin, ce qui pourrait mettre en danger leur santé voire, dans le cas des maladies transmissibles, celle de la collectivité (Z. c. Finlande, 25 février 1997, § 95, Recueil des arrêts et décisions 1997-I) (párr. 31). Estas consideraciones, afirma el Tribunal, son especialmente válidas cuando se trata de proteger la confidencialidad de las informaciones relativas al VIH. Para el TEDH «*Compte tenu du caractère extrêmement intime et sensible des informations se rapportant à la séropositivité, toute mesure prise par un État pour contraindre à communiquer ou à divulguer pareil renseignement sans le consentement de la personne concernée appelle un examen des plus rigoureux de la part de la Cour, qui doit apprécier avec un soin égal les garanties visant à assurer une protection efficace (Z c. Finlande, précité, § 96).* » (párr. 34). Llegados a este punto, el Tribunal recuerda que debe entrar en juego el *margen de apreciación* del Estado, quien es el que debe establecer un justo equilibrio entre la protección de la publicidad de los procesos judiciales y los intereses de una parte o de una tercera persona a que sus datos sean confidenciales. En este caso, la amplitud del margen de apreciación en la materia está en función de factores como la naturaleza y la importancia de los intereses en juego y de la gravedad de la injerencia, como ya ha afirmado el Tribunal anteriormente (por ejemplo, *Leander c. Suède*, 26 de marzo de 1987, § 58, série A núm. 116) » En este caso, sin embargo, teniendo en cuenta la legislación española, el juez de primera instancia podía haber limitado la extensión de la publicidad de su identidad, conforme al artículo 232.2 LOPJ, por razones de orden público y de protección de derechos y libertades, así como el artículo 266.1. de la LOPJ, o la práctica seguida por el TC español relativa a la omisión de la identificación de ciertas personas en sus decisiones. Por todo lo dicho, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, y teniendo en cuenta principalmente el «*principe de protection spéciale de la confidentialité des informations relatives à la séropositivité*» (párr. 40), el Tribunal estima que la publicación de la identidad del demandante en todas las comunicaciones sobre su estado de salud en la sentencia del juez de primera instancia núm. 4 de Salamanca no se justificaba por ningún motivo imperioso (párr 40). Por tanto, la publicación de la identidad del demandante en el juicio en cuestión fue un atentado a su derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención.

Asunto Tsourlakis c. Grecia (demanda núm. 50796/07), sentencia de 15 octubre 2009: art. 6 (derecho a un juicio justo) y art. 8 (derecho a la vida privada y familiar).

El demandante, separado y con un hijo menor de edad, ha seguido una serie de procedimientos internos relativos a la custodia de su hijo y a la fijación de pensión alimentaria, finalizando ante la Corte de Apelación de Atenas con una sentencia firme de 19 de mayo de 2005 que otorga la custodia a la madre; sentencia que no es recurrida. Pasados unos meses el demandante trató de obtener un informe que había sido emitido por la Sociedad para la protección de la infancia de Atenas a petición de la Corte de Apelación, y que versaba sobre las condiciones de vida del hijo. El informe había formado parte del dossier del caso. Sin embargo le fue imposible tener acceso al mismo, ni por parte de la Corte de apelación ni por parte de la Sociedad, ni por el procurador de la República, ni el procurador competente al que fue finalmente remitido. Tras analizar el Derecho y práctica internos del Estado de Grecia, el TEDH analiza la alegación violación del artículo 6 de la Convención, considerándola inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos

internos, pues el demandante no había utilizado las vías apropiadas del derecho interno, y además únicamente se había quejado de la falta de acceso al informe de la Sociedad para la protección de la infancia, pasados seis meses desde la sentencia definitiva de la Corte de Apelación. Sobre la alegación de la violación del artículo 8, el Tribunal afirma que ésta tiene dos aspectos. Uno se refiere a la utilización del informe de la Sociedad en el marco del procedimiento ante la Corte, confundiendo este aspecto con el artículo 6, que ya ha sido considerado inadmisibles, por lo que no entre en el mismo. En relación al segundo aspecto, éste se refiere a la imposibilidad para el demandante de tener acceso al informe tras la sentencia de la Corte de Apelación de 19 de mayo 2005. Esta queja se refiere al ejercicio por el demandante de su derecho a un acceso efectivo de las informaciones relativas a su vida privada y familiar según el art. 8. Para el tribunal, el contenido del informe era pertinente para el demandante y para la relación con su hijo. Para el TEDH, el rechazo no motivado de las autoridades a consentir la divulgación del informe tras el fin del procedimiento, había violado la obligación positiva de asegurar el respeto efectivo del derecho del demandante a su vida privada y familiar. Al respecto la Corte señala que son las autoridades las que han de demostrar que existen razones imperiosas que justifican la no divulgación al interesado de un informe que contiene datos personales que le afectan directamente (*K.H et autres c. Slovaquie*, núm. 32881/04, § 48, 28 de abril de 2008). En este caso, ni las autoridades competentes, ni el Gobierno habían presentado tales razones y el informe litigioso contenía informaciones de esta naturaleza. Por lo tanto había habido violación del artículo 8 de la Convención, en el rechazo de las autoridades de divulgar el informe relativo a las condiciones del hijo.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJCE 25 de junio 2009. Roda Golf & Beach Resort, S.L.—Petición de decisión prejudicial. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de San Javier (Murcia). Interpretación del art. 16 del Reglamento CE núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. La petición se plantea en el marco de un recurso interpuesto contra la negativa del secretario del órgano judicial a dar traslado, al margen de un procedimiento judicial, a destinatarios establecidos en el Reino Unido y en Irlanda, de un acta notarial de notificación y requerimiento por la que se comunicaba la resolución unilateral por parte de Roda Golf de dieciséis contratos de compraventa de inmuebles celebrados con sendos destinatarios. En opinión del secretario judicial el acta controvertida no traía causa de un litigio y, en consecuencia, no está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento CE núm. 1348/2000. A fin de resolver la petición, el Tribunal valora en primer lugar el propio concepto de «documento extrajudicial», de cuya notificación y traslado versa el art. 16 del Reglamento, y concluye que se trata de un concepto comunitario, no de derecho interno o nacional. Siendo ello así, un acta notarial es un documento extrajudicial. A propósito de la necesidad de que se trate de un documento extrajudicial conectado con un procedimiento judicial en curso o con su incoación, el Tribunal apela a la finalidad del Reglamento núm. 1348 estimando que, siendo ésta la de velar por el correcto funcionamiento del mercado interior, no hay razón alguna para limitar la cooperación judicial a los procedimientos judiciales. Se precisa sólo que la cooperación requerida tenga incidencia transfronteriza y que sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior.

STJCE 4 de junio de 2009. Moteurs Leroy Somer v. Dalkia France, Ace Europe.—Petición de decisión prejudicial. Cour de cassation (Francia). Interpretación de los arts. 9 y 13 de la Directiva 85/374, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. La petición se presenta en el marco de un litigio relativo a la responsabilidad de la sociedad Moteurs Leroy Somer, fabricante de un alternador que, al calentarse, causó daños al grupo electrógeno de un hospital. Se plantea si los preceptos citados se oponen a una normativa nacional que permite al perjudicado solicitar la reparación del daño causado a una cosa destinada a uso profesional aportando únicamente la prueba de la existencia del daño, del defecto del producto y de la relación causal entre dicho defecto y el daño. El Tribunal, con base en el art. 9 de la Directiva, recuerda que su ámbito objetivo de aplicación se ciñe, al margen de los daños y lesiones corporales, a los daños causados a

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, a condición de que tal cosa sea de las que normalmente se destinan al uso y consumo privados y el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. Esta configuración, sin embargo, no impide a los Estados miembros instaurar para *otros* daños (así, a los causados a una cosa destinada a un uso profesional) un régimen de responsabilidad basado en los mismos criterios que inspiran el régimen previsto en la Directiva, a saber: la mera prueba del daño, del defecto y de la relación causal.

STJCE 4 de junio 2009. Pannon GSM Zrt v. Erzsébet Sustikné Györfi.—Petición de decisión prejudicial. Budaörsi Városi Bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La petición se plantea a propósito del carácter presuntamente abusivo de una cláusula no negociada individualmente y atributiva de la competencia a los tribunales del domicilio social de la empresa gestora de servicios de telefonía móvil (Pannon). El Tribunal resuelve, en primer lugar, que el carácter no vinculante para el consumidor de las cláusulas abusivas (art. 6.1 Dir.) no se supedita a que éste, con carácter previo, impugne con éxito la cláusula de que se trate. la previa. En otro caso, no existiría posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda y sin petición expresa del consumidor, siendo así que su protección efectiva justifica que aquella apreciación pueda realizarse de oficio. Con todo, constatado el carácter abusivo de una cláusula por el juez nacional, deberá igualmente aplicarla si, informado de ello el consumidor, éste manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula. A propósito de los elementos a considerar por el juez nacional a fin de valorar el carácter abusivo de una cláusula, el Tribunal se remite meramente al criterio de la buena fe y al desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art 3. Dir), a la naturaleza de los bienes o servicios contratados y a las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato (art. 4 Dir).

STJCE 2 de julio 2009. SCT Industri AB i likvidation v. Alpenblume AB.—Petición de decisión prejudicial. Högsta domstolen (Suecia). Interpretación del art. 1, apartado 2, letra b), del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto excluye del ámbito de aplicación del Reglamento la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos. Atendiendo a dicha disposición, el órgano jurisdiccional pregunta, mediante su cuestión, acerca del reconocimiento, en un Estado miembro, de una resolución judicial civil dictada en otro Estado miembro por la que se anula una transmisión de participaciones sociales realizada en el marco de un procedimiento de insolvencia, debido a que el administrador concursal transmitente no estaba facultado para ello. El Tribunal considera que, a fin de aplicar la exclusión prevista en el art. 1, apartado 2, letra b), del Reglamento, debe apreciarse una estrecha relación entre la acción de la que trae causa el litigio principal y el procedimiento de insolvencia. Dicha relación se aprecia en el caso toda vez que la transmisión objeto del litigio principal y la acción reivindicatoria a que da lugar se enmarcan en un procedimiento de insolvencia, de cuya regulación depende el alcance del poder dispositivo del administrador concursal enajenante.

STJCE 9 de julio 2009. Peter Rehder v. Air Baltic Corporation. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del art. 5, punto 1, letra *b*), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En materia contractual, el precepto atribuye competencia a los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Tratándose de una prestación de servicios, la competencia corresponde a los tribunales del lugar en el que hubieren sido o debieren ser cumplidos. Siendo ello así y asumido que las reglas de competencia obedecen a un criterio de proximidad y conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del caso, se plantea qué tribunales son competentes para conocer de una demanda de compensación por incumplimiento de un contrato de transporte aéreo internacional. En aplicación del mismo criterio adoptado en caso de pluralidad de lugares de entrega de mercancías, el Tribunal estima que, tratándose de servicios, deberá determinarse el lugar con el que el contrato presenta una mayor conexión por realizarse en él la prestación principal. Dicha conexión no existe necesariamente con el lugar del domicilio o del establecimiento principal de la compañía aérea, ni con el lugar de celebración del contrato o de expedición del billete, ni siquiera con los lugares correspondientes a las posibles escalas del vuelo; sí, en cambio, con los lugares de partida y llegada previstos en el contrato. En consecuencia, el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante los tribunales de cualquiera de estos lugares.

STJCE 16 de julio 2009. Zuid-Chemie BV v. Phillip's Mineralenfabriek NV/SA. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del art. 5, punto 3, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre, de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto permite que, en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro puedan ser demandadas ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. La petición trae causa de un litigio entre una empresa fabricante de fertilizantes y la empresa suministradora de productos empleados en aquella fabricación. Se plantea si la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» designa el lugar de entrega del producto defectuoso al comprador o si se refiere al lugar donde sobrevino el perjuicio inicial debido a la utilización normal del producto para la finalidad a la que estaba destinado. Resuelve el Tribunal, con cita de jurisprudencia recaída a propósito del «Convenio de Bruselas», que, en caso de tratarse de lugares distintos, el demandado puede ser emplazado, a elección del demandante, ante el órgano jurisdiccional de cualquiera de ellos. Sin embargo, visto que las reglas de competencia del Reglamento se basan en la proximidad entre el hecho dañoso y los tribunales del lugar en el que se ha producido el daño, aquella facultad de elección existe en tanto en ambos lugares se haya materializado de algún modo el daño. En otro caso, si en un lugar se ha producido sólo el hecho causante (lugar de entrega del producto defectuoso) y en otro se ha manifestado el daño (lugar de utilización del producto defectuoso) sólo serán competentes los tribunales de este último territorio.

STJCE 3 de septiembre 2009. Pia Messner v. Firma Stefan Krüger. Petición de decisión prejudicial. Amtsgericht Lahr (Alemania). Interpreta-

ción del art. 6 de la Directiva 97/7, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. El precepto, para el caso de desistimiento del contrato celebrado a distancia, permite solamente que se impute al consumidor el coste directo de devolución de las mercancías al proveedor. Se plantea si se opone a la Directiva una norma nacional que establece, para el caso de desistimiento, que el vendedor puede exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien entregado. Resuelve el Tribunal que, efectivamente, aquel precepto lo impide dado su carácter excluyente de costes distintos a los de devolución. Atiende el Tribunal, además, a la voluntad de reconocer un derecho de rescisión eficaz y efectivo, que no se vea coartado por la presión del pago de una indemnización por el uso del bien, siendo así que la facultad se concede precisamente a fin de que pueda procederse libremente a dicho examen. Con todo, la Directiva no se opone a que la legislación nacional imponga un deber de indemnizar en caso de utilización del bien de forma incompatible con los principios de buena fe y el enriquecimiento sin causa.

STJCE 10 de septiembre 2009. Regione Emilia-Romagna v. Associazione fra produttori per la tutela del «Salame Felino».—Petición de decisión prejudicial. Tribunale civile di Modena (Italia). Interpretación de los arts. 3, apartado 1, y 13, apartado 3, del Reglamento núm. 2081/92, del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, y del art. 2 de la Directiva 2000/13, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. Al amparo de dichos preceptos resuelve el Tribunal que la denominación de un producto alimenticio que contiene referencias geográficas y que no está registrada como denominación de origen protegida o indicación geográfica protegida, puede sin embargo ser utilizada lícitamente siempre que el etiquetado del producto no induzca a error al consumidor medio, haciéndole creer erróneamente que el producto tiene un origen, procedencia o cualidades diferentes de las que en realidad tiene. A fin de apreciarlo, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden considerar la duración de la utilización de la denominación. La posible buena fe del fabricante o minorista carece de relevancia a estos efectos.

STJCE 17 de septiembre 2009. Vorariberger Gebietskrankenkasse v. WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG.—Petición de decisión prejudicial. Landesgericht Feldkirch (Austria). Interpretación del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El art. 11, apartado 2 del Reglamento, declara aplicable el art. 9 en caso de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando dicha acción fuere posible. A tenor del art. 9, apartado 1.º, letra b), permite que el asegurador de la persona responsable del daño y domiciliado en un Estado miembro pueda ser demandado en otro y ante el tribunal del lugar donde tuviere su domicilio el demandante, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario. Siendo ello así, se plantea si procede aplicar la misma regla en caso de entablarse la acción por un organismo de la seguridad social, subrogado *ex lege* en los derechos de la víctima de un accidente de circulación. El Tribunal apela a la finalidad de los criterios de atribución de compe-

tencia en materia de seguros, que no es otra que la de proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables que las reglas generales. Sin embargo, si la cuestión se plantea entre profesionales del sector de los seguros, no se aprecia ningún tipo de desequilibrio que justifique la aplicación de las reglas especiales en materia de competencia.

STJCE 6 de octubre de 2009. Intercontainer Interfrigo SC v. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV.—Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del art. 4 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La cuestión se suscita a propósito de los apartados 1.º, 4.º y 5.º del precepto. El apartado 4.º, y a propósito de la ley aplicable al contrato de transporte de mercancías, presume que el país con el que el negocio presenta lazos más estrechos es aquel en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato siempre y cuando, además, sea aquel en el que está situado el lugar de carga y descarga o el establecimiento principal del expedidor. A tenor del precepto se consideran contratos de transporte de mercancías los contratos de flete para un solo viaje y cualquier otro contrato cuyo objetivo principal sea el de realizar un transporte de mercancías. Al amparo de esto último resuelve el Tribunal que procederá también aplicar el art. 4.4 en el caso de contratos de fletamento, distintos de aquellos celebrados para un solo viaje, siempre que su objeto principal no se limite a la mera puesta a disposición de un medio de transporte, sino que incluya, además, el transporte propiamente dicho de las mercancías. Por su parte, el art. 4, apartado 1.º, permite que, siendo un país el que presenta lazos más estrechos con un contrato, si una parte de él resulta separable del conjunto y muestra mayor conexión con otro país, pueda aplicarse la ley de este último. Esta separabilidad, según el Tribunal, resulta excepcional y así debe interpretarse. Su aplicación exige que la parte del contrato «separable» goce de autonomía en relación al resto. En su apartado 5.º, el art. 4 permite no atender a las distintas presunciones contempladas en el propio art. 4.º cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país. Siendo ello así, el Tribunal estima que aquellas presunciones no sólo deben descartarse cuando del conjunto de circunstancias resulte que los criterios allí previstos carecen de verdadero valor de conexión, sino que el juez puede también ignorarlas cuando de tales circunstancias resulta que existe una conexión más importante con otro país.

STJCE 6 de octubre de 2009. Asturcom Telecomunicaciones v. Cristina Rodríguez Nogueira.—Petición de decisión prejudicial. Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao. Interpretación de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La petición se plantea en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme relativo al pago de determinadas cantidades adeudadas en ejecución de un contrato de abono de telefonía móvil. Se pregunta si la Dir. 93/13 permite que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula (así, porque los gastos que implicaba para el consumidor el desplazamiento hasta la institución arbitral superaban la cantidad que era objeto del litigio principal), y anular el laudo. El Tribunal admite que, ciertamente, el carácter abusivo de una cláusula pueda apreciarse de oficio por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, en

aquellos supuestos en que el consumidor se haya mantenido totalmente pasivo, sin invocar en ningún momento el carácter abusivo de la cláusula, de suerte que el laudo ha adquirido fuerza de cosa juzgada, el juez nacional debe, en principio, ejecutarlo. En este sentido, resuelve el Tribunal que el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada se rige por el ordenamiento interno de los Estados miembros, siempre y cuando no resulte menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no aparezca articulado de tal modo que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (principio de efectividad). En cuanto a esto último, la firmeza del auto obedeció a su falta de impugnación por el consumidor, siendo así que el plazo dispensado para impugnar era razonable y, en consecuencia, compatible con el derecho comunitario. Por su parte, el principio de equivalencia exige que las condiciones impuestas por el Derecho nacional para que se plantee de oficio una norma de Derecho comunitario no sean menos favorables que las que rigen la aplicación de oficio de normas del mismo rango de Derecho interno. En este sentido, estima el Tribunal que la Dir. 93/13 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que tienen rango de normas de orden público. Siendo ello así, corresponde al juez nacional valorar si, según el ordenamiento interno, puede apreciar de oficio la nulidad de un laudo arbitral firme por contrariar el orden público; si así sucede, también deberá declarar de oficio la nulidad del laudo arbitral que se oponga a la Dir. 93/13.

STJCE 10 de septiembre de 2009. German Graphics Graphische Maschinen GmbH.—Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación de los arts. 4, apartado 2, letra *b*), 7, apartado 1, y 25, apartado 2, del Reglamento núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, y del art. 1, apartado 2, letra *b*), del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Tribunal resuelve, en primer lugar, que paso previo al reconocimiento de una resolución (en el sentido del art. 25 Reglamento núm. 1346, relativo al reconocimiento y ejecución de las resoluciones distintas de las que se refieren directamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia), es el examen por el juez de su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001. Siendo ello así, se plantea, a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un comprador y cuando un bien objeto de una cláusula de reserva de dominio se encuentra en el Estado miembro de apertura de dicho procedimiento, si estará excluida del ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001 la acción que ejerza el vendedor contra el comprador basándose en la mencionada cláusula. Según el Tribunal, la exclusión prevista en el art. 1, apartado 2, letra *b*), del Reglamento 22/2001 (alusivo a las quiebras, convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos) exige una íntima conexión entre la resolución y el procedimiento de insolvencia. En una situación como la concerniente al litigio principal, aquella conexión no resulta ni lo suficientemente directa ni lo suficientemente intensa como para excluir la aplicación del Reglamento núm. 44/2001.

STJCE 10 de septiembre 2009. Erhard Eschig v UNIQA Sachversicherung AG. Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del art. 4, apartado 1, de la Directiva 87/344, del Conse-

jo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica. El precepto atribuye al asegurado libertad en la elección de su abogado o representante. A propósito de ello, se plantea si el precepto se opone a que el asegurador de la defensa jurídica pueda reservarse el derecho de elegir por sí mismo al abogado de todos los asegurados afectados cuando un número considerable de ellos se ha visto perjudicado por un mismo hecho. Así lo entiende el Tribunal al no incluirse en aquel precepto excepción alguna a la facultad de libre elección de abogado.

Jurisprudencia Nacional (mayo a septiembre 2009)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Competencia territorial

ATS (Sala Civil) de 20 de abril de 2009 (RJ 2009/2898). Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Planteado conflicto negativo de competencia territorial, en un caso en que un consumidor reclamaba responsabilidad a una compañía aérea por haber cancelado un vuelo comprado por Internet, la Sala acuerda que la competencia corresponde al juzgado del domicilio del consumidor, por aplicación del fuero imperativo que recoge el art. 52.2 LEC y en concordancia con el carácter de cláusula abusiva que el art. 90.2 TR-LGD-CU, otorga a los pactos de sumisión expresa que no sean a favor del lugar del domicilio del consumidor. A juicio de la Sala, recogiendo lo esgrimido por uno de los juzgados, obligar al consumidor a litigar en un lugar lejano (sede de la compañía) para reclamaciones de cantidades relativamente pequeñas sería tanto como privarle de su derecho a la tutela judicial efectiva.

ATS (Sala Civil) de 26 de mayo de 2009 (RJ 2009/2419). Ponente: José Almagro Nosete. Se plantea conflicto negativo de competencia territorial entre los juzgados del domicilio del consumidor-demandante y del domicilio de la compañía telefónica demandada. Pese a que los informes del Ministerio Fiscal tienden a entender que la competencia corresponde al juzgado del domicilio de la compañía telefónica, por ser la demandada y por tener carácter imperativo el art. 51 LEC respecto a los juicios verbales (al no ser posible en ellos la sumisión expresa o tácita: art. 54 LEC), la Sala estima que prevalece lo dispuesto en el art. 52.2 LEC, que atribuye la competencia a los tribunales del domicilio del consumidor. Se considera que esta es la interpretación más favorable al consumidor, «conforme a la Directiva 93/13/CE, cuya más correcta transposición al derecho interno, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004, se ha llevado a cabo por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios». En sentido muy parecido, para un caso relativo a una reclamación de indemnización y de resolución de contrato de compraventa de bien mueble precedido de oferta pública, ATS (Sala Civil) de 16 de junio de 2009 (JUR 2009\317705), ponente: Francisco Marín Castán.

Defensa de la competencia

STS (Sala Civil) de 23 de junio de 2009 (JUR 2009/307326). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. La arrendataria (previamente propietaria) de

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

dos estaciones de servicio pretende que se declare que los contratos celebrados con Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos S.A. (posición luego ocupada por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.), en virtud del cual la primera vendía los productos de la segunda en régimen de comisión de venta, suponían acuerdos entre empresas en los que se fijaban los precios de venta al público, con la consiguiente vulneración de lo dispuesto en el art. 81.1.a) del Tratado CE y sin que fuesen de aplicación las exenciones previstas en el apartado 3 del citado precepto (Reglamentos (CEE) 1984/83 y 2790/1999). Lo que pretendía la arrendataria es que se modificase el contenido del contrato para adaptarlo a lo que a su juicio requiere la normativa comunitaria, de modo que, en lugar de operar como comisionista, pasase a operar conforme al régimen de compra en firme o reventa. El TS confirma las sentencias de primera instancia y de apelación, por entender que la sanción para los casos en que se infringe el art. 81.1 del Tratado es la nulidad (art. 81.2 del Tratado), total o parcial (remitiendo en este punto a la STJCE de 11 de septiembre de 2008) –que la actora, por otro lado, no solicitó– y no la modificación del contenido del contrato. La Sala no entra a analizar si efectivamente se contraviene el art. 81.1 del Tratado, por no haber sido esa la pretensión de la actora, y no considera preciso plantear cuestión de prejudicialidad ante el TJCE. Con un contenido prácticamente idéntico, STS (Sala Civil) de 29 de junio de 2009 (JUR 2009\317416), ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Principios del Derecho europeo de los contratos y DCFR

STS (Sala Civil) de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009/2417). Ponente: Encarnación Roca Trías. Interpretación de los contratos. Dos cónyuges celebraron un contrato con sus hijos por medio del cual les transmitían («dividían entre ellos») ciertos bienes gananciales a cambio de las obligaciones de convivencia y de asistencia reforzada que asumían los hijos en caso de enfermedad (1976). El cónyuge superviviente otorgó testamento con posterioridad (1991), en el que favorecía a uno de los hijos, alterando, por tanto, la división inicialmente pactada entre todos. El hijo así favorecido pretendió la declaración de nulidad de los pactos de 1976, y, alternativamente, su revocación por el testamento de 1991. En primera instancia, se consideró que el pacto tenía naturaleza particional y que era, por tanto, revocable; en cambio, en apelación, se calificó al pacto de contrato atípico de vitalicio, que se estima válido y eficaz. El TS corrobora esta calificación (aludiendo a la jurisprudencia que reconoce este tipo de contratos y a la Ley catalana 22/2000, de acogimiento de personas mayores, pero no al contrato de alimentos regulado introducido por la Ley 41/2003 en los arts. 1791 a 1797 del Código civil), apoyándose para ello en el principio de interpretación «pro eficacia» que recogen el art. 1284 del Código civil y los arts. 5:106 PECL y II.8:106 DCFR.

Propiedad industrial

STS (Sala Civil) de 3 de junio de 2009 (RJ 2009/3372). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Se desestima la pretensión de nulidad de la marca internacional «Bavaria» interpuesta por la titular de la marca internacional prioritaria «Genuine Bavarian Beer», quien alegaba la infracción de diversos preceptos de la Ley 32/1988, de marcas, así como las disposiciones conteni-

das en el Acuerdo de 11 de septiembre de 1970, entre el Estado español y la República federal alemana, sobre la protección de indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y otras denominaciones geográficas (que incluye en su anexo A/II «Bayerisches Bier» y sus variantes) y en los Reglamentos (CEE) 2081/92, 1107/96, 1347/2001, en la Directiva 89/104/CEE y en el Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891. Habiendo analizado la jurisprudencia del TSJCE en la materia (tanto por lo que se refiere a las infracciones alegadas como en lo relativo a la compatibilidad del derecho comunitario con acuerdos bilaterales como el mencionado de 1970), el TS acaba llegando a la conclusión de que «Bavaria» no es una denominación que en español indique procedencia geográfica (al ser distinta de los términos «Baviera» y «bávaro»), aunque pueda cumplir esa función en otros idiomas extranjeros. «En el nuestro es una denominación con un acusado carácter caprichoso o de fantasía» (FJ 4.º). En conexión con ello, no se aprecia riesgo de error para el consumidor medio de cerveza español sobre la procedencia geográfica de la cerveza.

STS (Sala Civil) de 22 de julio de 2009 (JUR 2009/389986). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Marca eslogan. Se plantea la necesidad de determinar si la marca de la actora, que incorpora un eslogan («1.880... el turrón más caro del mundo») ha sido violada y si se han cometido actos desleales generadores de confusión y de aprovechamiento de la reputación del signo objeto de licencia por parte de la fabricante y vendedora de turrones distinguidos con el signo «La Fama», cuyos mensajes publicitarios rezaban: «La Fama, el turrón más famoso del mundo». La Sala reconoce las dificultades que plantea la marca eslogan, haciendo alusión al Reglamento 40/1994, de 20 de diciembre y a la interpretación que dio a sus arts. 7 y 12 la STJCE de 21 de octubre de 2004, en la cual se afirmaba, entre otras cosas, que «los consumidores medios no tienen la costumbre de deducir el origen de los productos a partir de tales eslóganes». El recurso se ciñe a determinar si se ha infringido el art. 34.2.b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, por riesgo de confusión y aprovechamiento indebido de la notoriedad o renombre de la marca registrada, en relación con el art. 5 de la Directiva 89/104/CE. Para ello, se hace un repaso de la jurisprudencia del TJCE en la materia, llegándose a la conclusión de que no se produjo ninguna de las infracciones alegadas, dadas las diferencias entre los mensajes publicitarios tanto en el plano fonético como en el conceptual. Las alegaciones relativas a los actos de competencia desleal decaen por los mismos motivos.

Recurso de casación: resoluciones dictadas en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

ATS (Sala Civil) de 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/217998). Ponente: José Almagro Nosete. Recurribilidad en casación de la decisión de no reconocer ejecutividad en España a una sentencia británica (art. 43 Reglamento (CEE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000). En el FJ 2.º de este auto se expone que: «La conclusión alcanzada respecto de la recurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones al amparo del régimen establecido en los Convenios de Bruselas y de Lugano y de los Reglamentos comunitarios 1347/2000 (ahora sustituido por el 2201/2003) y 44/2001 encuentra su fundamento, como se exponía en los Autos de esta Sala de fecha 12 de marzo de 2002 (recurso de

queja 75/2002) y de 23 de noviembre de 2004 (recurso 1981/2001), más allá de las disposiciones contenidas en las normas procesales nacionales, pues radica en la primacía que las normas supranacionales integradas en el acervo comunitario presentan respecto de las de producción interna, rasgo que en el caso de los Convenios internacionales celebrados para cumplir los objetivos comunitarios tiene un doble fundamento: de un lado, su propio carácter y procedencia (art. 93 CE), y de otro, su naturaleza convencional (art. 96 CE). Junto con esa primacía, es rasgo característico de determinadas normas comunitarias, particularmente los Reglamentos comunitarios, su aplicabilidad directa o efecto directo. Las consecuencias de los principios de primacía y del efecto directo de las normas comunitarias conducen tanto a la inaplicación de las normas internas incompatibles o contrarias a las comunitarias, como a impedir la válida formación de posteriores actos normativos incompatibles con éstas, como, en fin, a la obligación del aplicador del Derecho de garantizar el pleno efecto de esas normas supranacionales, operándose una interacción entre ordenamiento interno y comunitario que se traduce, *prima facie*, en la interpretación de la legalidad interna conforme al derecho comunitario.—El recurso de casación que establecen los artículos 41 de los Convenios de Bruselas y de Lugano, 27 del Reglamento CE 1347/2000, 44 del Reglamento CE 44/2001, y 33 del Reglamento CE 2201/2003, constituye un medio de impugnación específicamente previsto en normas comunitarias, dentro de un cauce procesal igualmente previsto y regulado por ellas, y que se califica de cerrado, completo y uniforme (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de junio de 1985, as. 184/84, de 27 de noviembre de 1984, as. 258/83, de 21 de abril de 1991, as. C-172/91, de 4 de octubre de 1991, as. C-183/90, y de 11 de agosto de 1995, as. C-432/93), medio de impugnación que se encuentra dotado de un objeto y contenido concreto, circunscrito a las cuestiones de derecho suscitadas en la resolución sobre el exequátur de la decisión extranjera —y solo en ella—, esto es, a la revisión de la aplicación de las normas que rigen los presupuestos y requisitos de la declaración de ejecutoriedad de la resolución foránea (STJCE de 27 de noviembre de 1984, as. 258/83). Por lo tanto, el establecimiento del recurso y su contenido se imponen sobre las previsiones normativas internas en virtud de la primacía y de la aplicabilidad directa de la norma comunitaria, en función de los fines a los que se orienta y cuya consecución persigue, que aquí se contraen al logro del objetivo comunitario de la libre circulación de las resoluciones dentro de un espacio de libertad, seguridad y de justicia. Ahora bien, las condiciones, presupuestos y requisitos de procedibilidad y de admisibilidad se rigen por el ordenamiento interno, siempre y cuando sus normas y la interpretación que de ellas se haga garanticen la primacía y el efecto directo de las normas comunitarias —en rigor, el efecto útil de ese efecto directo—, y posibiliten, por lo tanto, el recurso establecido en ellas, con su contenido propio y su propia finalidad, sin convertir en papel mojado, en simple previsión normativa carente de aplicación en la práctica, el recurso de casación establecido en las normas comunitarias.» La primacía de las normas comunitarias se manifiesta en que también los autos puedan ser objeto de este recurso (FJ 3.º), pero se estima que el cauce adecuado para el recurso es la vía del ordinal tercero del art. 477.2 LEC (y no el recurso extraordinario por infracción procesal), por lo que es preciso que la resolución del recurso presente interés casacional y que se justifique su presencia, lo que no se estima acreditado en el caso (en algunos puntos, porque se alegaban cuestiones procesales que escapan del ámbito de la casación; en otros, porque se citan

como infringidos diversos autos del TS, que, al no ser sentencias, no constituyen jurisprudencia; en algunos extremos, porque, si bien se citan sentencias, no se explicita en qué se infringe la doctrina en ellas contenida; al aludirse a decisiones contradictorias de las Audiencias, no se cumplen los requisitos que ha ido fijando el TS al respecto y, finalmente, se estima no puede sustentar el recurso de casación la infracción de la doctrina del TC y del TJCE).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas

AAP Lleida (Sección 2.^a) de 22 de mayo de 2009 (JUR 2009/409410). Ponente: Albert Montell García. Se plantea una cuestión que esta y otras Audiencias Provinciales se han visto en la necesidad de resolver en múltiples ocasiones: si una petición inicial de procedimiento monitorio puede ser inadmitida por apreciarse de oficio que en el contrato o póliza presentado por el acreedor se ha incluido una cláusula general abusiva, en la que se establezcan unos intereses moratorios desproporcionadamente elevados y unas comisiones por recobro de descubiertos excesivas, a la luz de la normativa protectora de los consumidores y usuarios. El auto realiza un exhaustivo repaso de la doctrina de las audiencias, incluyendo la anterior a la entrada en vigor de la Ley 7/1993, de 23 de marzo, de crédito al consumo, pero posterior a la expiración del plazo para transponer la directiva; así, en el FJ 2.º, haciéndose eco del AAP Girona, de 14 de diciembre de 2006, puede leerse que: «[...] Numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales, buscando el fin útil de la Directiva del Consejo de las Comunidades europeas de 22 de diciembre de 1986, sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, que debió ser transpuesta con fecha límite de 31 de diciembre de 1992, cosa que no hizo el Estado Español, la han utilizado como criterio interpretativo de aquellos contratos redactados con anterioridad a la vigencia de la Ley, sentencias de la AP de Asturias de 3 de abril de 2003, de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.^a, de 4 de mayo de 2001. Y otras muchas, vienen admitiendo la apreciación de oficio del carácter abusivo del interés moratorio pactado en el contrato de préstamo, al margen del principio dispositivo, ya que la nulidad radical puede apreciarse de oficio por los tribunales, sentencias de la AP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 14 de julio de 2003, AP de Tarragona, Sección 3.^a, de 13 de enero de 2003, AP de Córdoba, Sección 3.^a, de 4 de mayo de 2001, admitiendo este control de oficio el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 octubre 1988. Finalmente viene admitiéndose la aplicación de lo previsto en la Ley de Crédito al Consumo a contratos sustancialmente iguales a los contemplados en ella por obedecer a la misma razón, como ya tiene dicho este Tribunal en Auto de 31 de mayo 2004 entre otros, haciéndose eco de la coincidencia de criterio de otras Audiencias al respecto.» No obstante, se mencionan también numerosas resoluciones de otras Audiencias que se decantan por la opinión contraria (FF.JJ. 3.º a 8.º), que es la que se acaba acogiendo, por entender, entre otras argumentaciones, que la discusión sobre el carácter abusivo o no de una cláusula contractual debe al menos partir de

una alegación de parte (aunque luego se invierta la carga de la prueba) y debe ser discutida en el juicio declarativo correspondiente, y no en el momento de decidir sobre la admisión o no de un monitorio. De contenido prácticamente idéntico, en este período, AAP Lleida (Sección 2.^a) de 27 de abril de 2009 (JUR 2009\410845); ponente: Albert Guilanyá i Foix; AAP Lleida (Sección 2.^a) de 8 de mayo de 2998 (JUR 2009\410218), ponente: Albert Guilanyá i Foix; AAP Lleida (Sección 2.^a) de 12 de mayo de 2009 (JUR 2009\410065), ponente: Ana Cristina Sainz Pereda.

SAP Lleida (Sección 2.^a) de 22 de junio de 2009 (JUR 2009/390722).

Ponente: Ana Cristina Sainz Pereda. Contrato de mantenimiento de ascensores celebrado por una comunidad de propietarios. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia en la que se desestimaba la demanda interpuesta por la empresa suministradora de servicios de mantenimiento de ascensores, que reclamaba a la comunidad de propietarios el pago de una indemnización que ascendía al 75 % del importe correspondiente a lo que hubiera durado el contrato de no haberlo resuelto unilateralmente la comunidad. La decisión se apoya en lo establecido en los arts. 62.3 y 87.6 TR-LGDCU, que reproduce las previsiones del art. 12.3 de la LGDCU, en la redacción que le dio la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Al no haberse adaptado la cláusula que recogía la penalidad por denuncia a la nueva regulación en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor, se considera nula de pleno derecho.

AAP Madrid (Sección 20.^a) de 21 de julio de 2009 (JUR 2009/362226).

Ponente: Sagrario Arroyo García. Control de oficio del carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje en ejecución del laudo: sólo es posible si se trata de un contrato con consumidores, lo que no ocurría en el caso discutido, puesto que la parte ejecutada, persona jurídica que explotaba una empresa o negocio, había celebrado un contrato de telefonía móvil «para empresas», de modo que hay que entender que la adquisición de los teléfonos móviles tenía por finalidad incorporarlos a la explotación de la empresa o negocio; no tiene la condición de consumidor ni con arreglo al art. 1 LGDCU ni en virtud de lo dispuesto en el art. 3 TR-LGDCU ni con base en el concepto recogido en el art. 2.b) de la Directiva 93/13/CE.

Principios del Derecho europeo de los contratos

SAP Valencia (Sección 7.^a) de 12 de junio de 2009 (JUR 2009/377407).

Ponente: M. del Carmen Escrig Orensa. En un contrato de compraventa de vivienda por construir, la compradora resuelve por incumplimiento de la promotora, al no haber proporcionado ésta la licencia de primera ocupación en la fecha prevista para la entrega. La AP considera que la fijación de la fecha de finalización de las obras y entrega de la vivienda no puede valorarse como una mera aproximación o previsión, sino que constituye uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, cuyo incumplimiento legitima para la resolución. La entrega de la vivienda no puede concebirse como un acto meramente formal (otorgamiento de la escritura pública y entrega de llaves), sino que esa entrega debe ser efectiva, de modo que la vivienda sea material y administrativamente apta para su ocupación, lo que exige la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación, puesto que sólo así puede el comprador acceder a los servicios básicos. En el caso enjuiciado se estima

que la falta de obtención de la licencia se debió a las deficiencias que presenta la vivienda. En apoyo de la tesis defendida, se trae a colación la STS de 3 de diciembre de 2008, con sus referencias a los principios UNIDROIT i a los PECL. Compárese con las sentencias que se reseñan a continuación.

SAP Segovia (Sección 1.ª) de 31 de julio de 2009 (TOL1.593.703).

Ponente: Andrés Palomo del Arco. Se discute la posibilidad de resolver el contrato de adquisición de una vivienda futura por retraso superior a 6 meses en la entrega de la misma, siendo así que en el contrato se preveía una cláusula de resolución para estos supuestos. Amén de analizar si efectivamente hubo incumplimiento y si asciende a la categoría de incumplimiento esencial la falta de obtención de la licencia administrativa de ocupación, la AP se refiere a la STS de 8 de febrero de 2008, en la que se empleó como criterio el recogido en el art. 8:103 PECL y lo aplica al caso como argumento para desestimar la pretensión resolutoria de la compradora (FJ 3.º).

SAP Segovia (Sección 1.ª) de 31 de julio de 2009 (TOL1.625.810).

Ponente: Andrés Palomo del Arco. De nuevo, se discute si ha habido o no incumplimiento esencial por parte de la promotora cuando la vivienda vendida, pese a estar terminada desde hacía un año, era claramente inhabitable, por no contar con servicios esenciales, como el vertido de aguas fecales y el suministro de agua con eliminación del arsénico. Estos defectos no se consideran meros retrasos en la ejecución o simples discrepancias con la administración, sino que conllevan la imposibilidad de usar la vivienda. En apoyo de su decisión, en el FJ 2.º, la SAP reproduce parcialmente el texto de la STS de 3 de diciembre de 2008, donde se traían a colación, como criterios modernos, inspirados en el derecho inglés, para determinar cuándo cabe resolver el contrato y cuándo debe considerarse esencial un incumplimiento, los arts. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT y 8:101 y 8:103 de los PECL. Aplicando estos principios al caso enjuiciado, se concluye que el incumplimiento de la promotora legitima la resolución.

Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil

SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 15 de mayo de 2009 (JUR 2009/392752).

Ponente: Jordi Seguí Puntas. Se estima la pretensión resarcitoria por daño moral ejercitada contra una compañía eléctrica por los cortes en el suministro eléctrico que afectaron a ciertas zonas de Barcelona a lo largo de tres días consecutivos durante el verano de 2007. Los afectados eran dos cónyuges y sus tres hijos menores, uno de ellos, como el padre, celíaco, y otro, de pocos meses de edad. En el FJ 3.º, al sentar los fundamentos sobre los que se decide, puede leerse que: «[E]l resarcimiento del daño moral exige ciertamente la demostración de un “grave sufrimiento psíquico” por parte del perjudicado; así lo proclaman entre otras, las SSTS de 11 de noviembre de 2003 y 10 de noviembre de 2008, mientras que los Principios de derecho europeo de responsabilidad civil aprobados en 2005 prevén que ‘en atención al alcance de la protección, la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Éste es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad’ (artículo 10:301).».

SAP Santander (Sección 4.ª) de 11 de junio de 2009 (JUR 2009/353195).

Ponente: M. José Arroyo García. Reclamación de indemnización por los

daños sufridos por la demandante al resbalar saliendo de una de las bañeras del hotel balneario demandado. Se desestima su pretensión, por entender que la actora conocía el lugar, sabía que había estado en un cuarto húmedo durante 20 minutos, en el interior de una bañera con burbujas, y que salir de ella exige una especial precaución y cuidado. En el FJ 3.º, se explica que quedan excluidos del ámbito del art. 1902 CC los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar, el riesgo general de la vida y los riesgos no cualificados y se alude a la jurisprudencia del TS en la materia y a los PETL (siguiendo, esencialmente, las consideraciones vertidas en la STS de 17 de julio de 2007), cuando definen el «estándar de conducta exigible.» En sentido muy parecido, SAP de Castellón (Sección 3.ª) de 8 de mayo de 2009 (JUR 2009\332046), ponente: Adela Bardón Martínez; SAP Santander (Sección 4.ª) de 20 de mayo de 2009 (JUR 2009\353853), ponente: M. José Arroyo García; SAP Girona (Sección 1.ª) de 28 de mayo de 2009 (JUR 2009\392246), ponente: M. Isabel Soler Navarro; SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 18 de junio de 2009 (JUR 2009\309770), ponente: M. Begoña Rodríguez González.

SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 9 de julio de 2009 (JUR 2009/417879).

Ponente: Jordi Seguí Puntas. La conductora de un vehículo que colisionó con un jabalí demandó a la Sociedad de Cazadores del término municipal en cuestión, titular del aprovechamiento cinegético y a su aseguradora. En primer instancia, se estimó la pretensión de reparación con base en el art. 1905 CC. La AP, tras recordar el principio de responsabilidad objetiva que recoge la Ley de Caza de 1970 y la responsabilidad cuasi objetiva que rige en materia de accidentes de circulación, pone el acento en la DA 6.ª de la Ley 19/2001, de reforma parcial de la Ley de tráfico y seguridad vial, llegando a la siguiente conclusión (FJ 2.º): «Se diría que el legislador ha pasado a considerar que en la hipótesis que nos ocupa (atropello de especie cinegética, de tal manera que en los restantes casos pervive la responsabilidad objetiva ex art. 33 LC) concurren sendas actividades, circulatoria y cinegética, creadoras de riesgos de similar entidad (“una actividad es anormalmente peligrosa si crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio”, reza el artículo 5:101 de los Principios de derecho europeo de responsabilidad civil, PETL, que abre el capítulo dedicado a la responsabilidad objetiva), por lo que cree preferible neutralizarlas, prescindiendo de los criterios de imputación objetiva del daño propio de cada una de ellas, decantándose por un regreso a los criterios clásicos de responsabilidad por culpa, salvo que el atropello guarde relación directa con “la acción de cazar”, no con la mera titularidad de un aprovechamiento cinegético. – Ello significa que el propietario de un vehículo de motor o el propietario de un animal salvaje que sufra un perjuicio patrimonial o corporal a causa de un hecho lesivo muy específico (atropello de una especie cinegética), sólo obtendrá la reparación del daño acreditando la culpa de quien reputa responsable del mismo, o lo que es lo mismo, la “violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible” por emplear términos del art. 4:101 PETL. – Corolario de lo anterior es que [...] pueda ser desestimada una acción reparatoria por falta de acreditación de culpa del demandado aunque tampoco se demuestre culpa relevante del propio perjudicado». En el caso enjuiciado, se decidió que no había quedado acreditada culpa alguna de la sociedad de caza demandada, ni siquiera por el hecho de que se reconociese que los jabalíes proliferaban, puesto que habría sido necesario acreditar que esa proliferación era excesiva.

SAP Ávila (Sección 1.ª) de 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009/416422). Ponente: Tania García Sédano. Se estima una demanda de responsabilidad civil por los daños causados a un edificio, apoyándose la AP, para fundamentar el reproche culpabilístico, en los PETL, tal y como los ha ido empleando el TS (FJ 3.º): «[E]l reproche culpabilístico es obvio que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares de conducta establecidos, citados en las sentencias de 6 de marzo, 17 de julio y 10 de octubre de 2007, como integrantes de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, y que vienen referidos a unos patrones de conducta exigibles a todos (persona razonable), en función la naturaleza y valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la previsibilidad del daño, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la relación de proximidad o de la especial confianza de las personas implicadas y la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos. Tales criterios, señala la sentencia de 17 de julio de 2007, pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la “diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” como a “la que correspondería a un buen padre de familia” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos. Sin duda la demandada actuó en el caso no solo de una forma no sensata o razonable, sino alejada por completo de la diligencia que le exigía el conocimiento y la peligrosidad derivada de la obra, como inexcusable ingrediente integrador del artículo 1902 del CC».

Propiedad intelectual

SAP Córdoba (Sección 3.ª) de 24 de abril de 2009 (JUR 2009/321272). Ponente: Pedro José Vela Torres. Concepto de remuneración equitativa a artistas y productores por los actos de comunicación pública de fonogramas. Según el FJ 2.º de esta sentencia: «La sentencia apelada, tomando como referencia una Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, dictada en relación con las tarifas de EGEDA (sociedad de gestión de derechos de los productores audiovisuales), considera parcialmente nulas las tarifas aplicadas por las entidades demandantes (AGEDI y AIE), porque se calculan sobre el total aforo de los establecimientos públicos (en este caso, un hotel) a los que se aplican, en vez de tener en cuenta el factor de efectiva ocupación; interpretación de donde se deriva la estimación parcial de la demanda, para adecuar la cantidad debida a dicho parámetro, y la reconvencción. Sin embargo, este tribunal no comparte este criterio, porque como ha dicho la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencias de 12 y 13 de enero de 2009, el sistema de cálculo en base a la disponibilidad, también llamado de “tarifa plana”, resulta más adecuado a establecimientos que llevan a cabo actos de comunicación pública de forma cotidiana, en los que resulta impracticable el sistema de autoliquidación en función del uso efectivo del repertorio gestionado, teniendo en cuenta el número de asistentes o destinatarios del establecimiento. Además, la eficiencia del sistema también es un elemento a tener en cuenta, porque las entidades de gestión no sólo determinan la remuneración, sino que deben recaudarla, conforme a los

artículos 108.4, 116.3 y 157.4 de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo inviable en la práctica que las entidades tuvieran que estar fiscalizando constantemente la efectiva ocupación del hotel. Y por último, si se analiza la tarifa desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, no puede afirmarse que la misma sea desproporcionada (piénsese que estamos hablando de un coste mensual de 46,07 euros más IVA para el hotel), a diferencia de lo que parece que sucedió respecto de las tarifas, de naturaleza distinta, en relación con las que se dictó la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008». A ello se añade que el hotel en cuestión se adhirió al convenio firmado por las asociaciones demandantes y la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos el 18 de diciembre de 2008, que toma en cuenta el número de habitaciones de hotel y sus dependencias comunes, sin atender a su efectiva ocupación, sino únicamente a su disponibilidad, arrojando como resultado una suma más alta para el hotel (52,41 euros mensuales frente a los 46,07 euros discutidos en el pleito). Finalmente, se estima que esta remuneración devenga IVA.

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

PAPARSENIU, Paraskevi: *Griechisches Verbrauchervertragsrecht. Eine Untersuchung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsprivatrechts*, Sellier, München, 2008, pp. 405. ISBN. 978-3-86653-049-2.

La obra que nos presenta (*El Derecho contractual de consumo griego. Una investigación desde el Derecho comunitario privado*), publicada en 2008 por la editorial Sellier en la colección «Estudios jurídicos europeos», puede tener como destinatario tres tipos de lectores. Un lector griego que se interesa por el Derecho de consumo contractual en su país. También está el lector de cualquier parte del mundo que por acercarse al Derecho griego se encuentra con esta obra sobre los contratos de consumo en la República helénica. Y, por último, está el lector europeo que sin conocer el Derecho griego le puede interesar esta obra por la evidente interrelación que tiene que existir entre este Derecho nacional y el Derecho comunitario. Yo me encuentro entre estos lectores que se acercan a la obra con la mirada de un jurista europeo.

El subtítulo de la obra de Paparseniou ayuda a delimitar de entrada la materia que es objeto de análisis. No se ofrece un estudio completo del Derecho contractual de consumo en Grecia, cada vez más extenso como en todos los países desarrollados, sino que se circunscribe al Derecho de consumo contractual que se ha visto influido y desarrollado por el Derecho comunitario a golpe de directivas. Pero incluso dentro del ámbito del Derecho de consumo contractual desde la perspectiva comunitaria, la autora ha preferido acotar un poco más el campo de estudio, por supuesto no caprichosamente, sino buscando una cierta unidad entre las materias que por ella son tratadas.

La autora ha optado por una estructura formal, aparentemente muy rígida, claramente vertical, al estudiar las distintas materias en bloques claramente diferenciados. En total, son cinco las materias que sucesivamente se analizan en la obra: las cláusulas contractuales abusivas, los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, los contratos a distancia, la venta de bienes de consumo y sus garantías y, por último, el contrato de viaje combinado. Visto así, atendiendo a su estructura, la obra parece que no ofrece más interés que un estudio de diversas materias, como si de cinco trabajos se tratase, cada uno con su independencia. Este enfoque sería demasiado simplista para una obra cuyas pretensiones van más lejos que una exposición formal y detallada de los pormenores del Derecho contractual de consumo griego, máxime cuando esta obra ha sido incluida en una colección que está adquiriendo prestigio en Europa y que ha sido escrita en alemán y que ha sido traducida al griego moderno y al inglés.

El orden de las materias tratadas tiene una explicación muy lógica. Se parte de lo más general para ir después a lo más concreto. Sin lugar a dudas, la proyección más amplia que ha tenido el Derecho de comunitario en la protección de los consumidores ha sido mediante la Directiva 93/13/CEE sobre

cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Seguramente, por ello, la autora se centra, en primer lugar, en cómo ha incidido esta importante Directiva en el Derecho contractual de consumo de su país. Siendo materias de alcance general la contratación fuera de establecimientos mercantiles y la contratación a distancia, es procedente que se estudien antes que la venta de bienes de consumo y el contrato de viaje combinado. La razón por la que hayan quedado fuera ámbitos tan importantes como el crédito al consumo o el contrato para la adquisición de un derecho de multipropiedad se debe a que el objetivo, como explica la autora en la introducción, es ver cómo la Ley griega de Protección de los Consumidores de 1997 (reformada antes de publicación de la obra nuevamente en el año 2007) —que se ocupa de estas materias de Derecho contractual de consumo— es una ley marcada por el Derecho comunitario.

Para que el estudio no fuese tan vertical, la autora busca una simetría en cada uno de los grandes bloques que le pueda permitir establecer nudos entre cada uno de ellos. Otra cosa es que lo logre realmente. Las cinco materias que se estudian reciben el mismo tratamiento. Primero se estudia la situación jurídica con anterioridad a la respectiva directiva. A continuación se entra en el ámbito (subjeto y objetivo) de cada una de las materias y después se estudian las principales reglas jurídicas que con motivo de las directivas se asientan en el Derecho griego de consumo. En cada uno de los bloques aparece un capítulo dedicado a la protección colectiva de los derechos de los consumidores. A continuación, la autora se plantea, por separado, siempre tres cuestiones: las dificultades que ha habido para la trasposición de la respectiva directiva al Derecho griego, los déficits en la trasposición de cada una de las directivas en el Derecho griego y la utilización de la cláusula de contenido mínimo de las directivas. Cada bloque termina con unas consideraciones finales. Con esta total simetría la obra adquiere una unidad, y, desde luego, un mayor interés para cualquier lector. Se puede comprobar en la obra que la autora ha cuidado —y mucho— que ningún bloque se desborde, lo cual es muy fácil en alguno de ellos —sobre todo los dedicados a las cláusulas abusivas y a la venta de bienes de consumo—, hasta tal punto que cada bloque tiene prácticamente las mismas páginas (siempre menos de cien páginas y como mínimo siempre más de setenta páginas), incluso la misma proporción de notas a pie de página (sobre doscientos veinte notas en cada bloque). El equilibrio formal que tiene la obra se mantiene en la escritura, muy cuidada, en un excelente alemán, así como en el contenido de cada una de las cuestiones que son objeto de análisis. Esa simetría en lo formal y en lo material, buscada claramente por la autora, le da cuerpo a la obra así como consistencia y cierta relevancia entre los estudios jurídicos que se dedican a la interrelación entre un Derecho nacional concreto y el Derecho de consumo contractual comunitario.

El lector europeo puede comprobar a través de la obra que los problemas de los temas que son objeto de atención son muy parecidos en todos los países comunitarios, más cuando su sistema jurídico es de los que forman parte del Derecho continental europeo. Esta identificación con los problemas aumenta cuando existe una cierta proximidad entre determinados ordenamientos jurídicos. Así, p.e., es manifiesta la proximidad entre los Derechos civiles de Grecia y de Alemania y el constante intercambio entre juristas griegos y alemanes. Esto explica la especial atención de la autora a la doctrina alemana, además de dar la necesaria relevancia a la doctrina griega, que está claramente influenciada por aquélla. Es importante hacer esta observación,

ya que la obra tiene un trasfondo muy germánico, algo probablemente inevitable por el gran peso que tiene el Derecho alemán en Grecia. El hecho es que la autora, además de manejar la literatura jurídica de su país (cuyos títulos vienen traducidos en alemán), se apoya en la literatura jurídica alemana, pero sin excesos.

La autora hace una lectura positiva de la incidencia del Derecho comunitario en la contratación con consumidores en Grecia. Los problemas que suscitan la contratación adhesiva, la celebración de contratos fuera de establecimientos mercantiles, la contratación a distancia, la venta de bienes de consumo y el contrato de viaje combinado no podía resolver satisfactoriamente el Código civil y otras leyes anteriores (como, p.e., la Ley de Protección de Consumidores de 1991 que se ocupa de las condiciones generales de la contratación y la «abusividad» de las mismas). En ese sentido, la obra no es nada crítica con la importación de nuevas figuras del Derecho comunitario en el Derecho griego. Más bien da a entender todo lo contrario en cada capítulo de los cinco bloques, dedicados a la situación del Derecho griego con anterioridad a las respectivas directivas, considerando, por tanto, positiva y necesaria su trasposición. Se puede afirmar que la autora es una clara defensora del Derecho contractual de consumo comunitario.

Los capítulos dedicados al ámbito de aplicación y de las principales reglas jurídicas que rigen en cada ámbito se centran en cuestiones concretas, bien elegidas, siendo objeto de un análisis siempre muy correcto, pero sin salirse del estricto marco analítico. Aquí podemos comprobar que la obra de Paparseniou es estrictamente jurídico-privada, centrada en examinar, con profundidad, los problemas jurídicos que plantean las nuevas normas para el Derecho griego, teniendo siempre presente la norma concreta y sus modificaciones continuas que, como en todos los países, se producen en el Derecho de consumo, debatiendo los muchos problemas que surgen, con apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia del país heleno. La seriedad con la que trata las principales cuestiones jurídicas en estos dos capítulos de cada uno de los bloques demuestran la soltura y altura que tiene la autora para abordar cuestiones muy técnicas. Pero se echa de menos una mayor crítica y a veces un mayor distanciamiento en algunas de las cuestiones principales más importantes. Sólo un ejemplo. En el apartado dedicado a la exclusión del control de «abusividad» del precio y el objeto en los contratos de adhesión con consumidores, expone con total claridad las posibles respuestas de la doctrina y de la jurisprudencia, así como la relación de ese control con la falta de transparencia de las cláusulas que se ocupan del precio y el objeto del control, pero la autora no profundiza más que lo imprescindible para que el lector conozca bien cuál es la situación jurídica en Grecia y cómo se resuelven las principales cuestiones. Esa es la tónica que se mantiene a lo largo de toda la obra.

No es frecuente en un estudio de Derecho material del contrato de los consumidores una dedicación específica a la protección colectiva. Con el capítulo en cada bloque sobre la protección colectiva de los consumidores, la autora seguramente quiere subrayar que los consumidores no pueden ser defendidos si no es por medio de acciones colectivas. En pocas páginas, en cada uno de los bloques, se expone la protección colectiva que dispensa el Derecho contractual de consumo en Grecia a los consumidores, pero sin entrar en pormenores procesales.

Las dificultades que en Grecia plantearon cada una de las directivas en su trasposición son más o menos las mismas de cualquier país que en esos

momentos tenía una ley de protección de consumidores. La directiva que mayor impacto ha tenido en el Derecho griego es la de las garantías en la venta de bienes de consumo, ya que el legislador se decidió por una reforma transversal de la compraventa, adoptando un régimen de garantías para cualquier venta según las reglas fijadas en aquella directiva. No existe materia en la que la autora no aprecia algún déficit en la trasposición de las directivas al derecho interno, pero sin suscitar verdaderamente un debate sobre las consecuencias del déficit –su origen, las razones, las posibles soluciones, si se está ante un caso de incumplimiento de las respectivas directivas, etc.–, lo cual empobrece el capítulo dedicado a este interesante punto, sobre todo para el lector europeo. El capítulo referido a la cláusula de contenido mínimo en las directivas y su utilización en el Derecho griego, nos enseña cómo el legislador siempre ha ido un poco más lejos, con la finalidad de proteger más eficazmente a los consumidores, si bien no se dice si realmente lo ha logrado.

Obras como la presentada por Paraskevi Paparseniou son necesarias, sobre todo cuando se trata de una obra de conjunto dirigida también al lector europeo. Es más, deberían existir en todos los países comunitarios para conocer el estado actual del Derecho de consumo contractual en Europa. Aparte del contenido muy conciso de la obra, hay que valorar especialmente la estructura y la unidad lograda en ella. Precisamente es la estructura la que permite entablar un diálogo desde fuera, que es imprescindible en cada uno de los ámbitos del Derecho comunitario. Desde ahora, la obra de Paraskevi Paparseniou me será de utilidad especialmente en mis lecturas sobre el Derecho patrimonial europeo.

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN
Universidad de Granada

EBERS, Martin, JANSSEN, André, MEYER, Olaf (Eds.): *European Perspectives on Producers' Liability. Direct Producers' Liability for Non-conformity and the sellers' Right of Redress*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, 600 pp. ISBN 978-3-86653-055-3.

Uno de los designios de los últimos tiempos universitarios es el empeño por dotar de utilidad o rentabilidad al trabajo intelectual que se realiza en el seno de la universidad –eso que suele llamarse horriblemente investigación–. Vivimos tiempos de una evidente (e insoportable) dictadura de la «tecnociencia-economía», como la llama el original Pierre Legendre, una dictadura que propicia este planteamiento utilitarista que se impone casi sin remisión. Todo debe resultar útil, aplicado a la realidad en términos de rentabilidad, de un modo que permita verificar que lo que se investiga no son meras elucubraciones caprichosas de unos snobs dedicados al conocimiento inútil, al conocimiento por el conocimiento. La cosa va en serio. En nombre, sobre todo, de la financiación pública, entre otras justificaciones similares, nos acercamos a un modelo de investigación y de universidad, lugar donde se realiza buena parte de ésta, especialmente en eso que se llaman las ciencias sociales, peligrosamente escorado y limitado. Un modelo que pone en trance de ser expulsadas, o cuando menos de ocupar una posición absolutamente secundaria, a determinadas disciplinas universitarias. El Derecho se encuentra entre ellas aunque seguramente en una posición más ventajosa, respecto de este futuro

incierto, que las llamadas disciplinas humanísticas. Sea como fuere, es con todo una buena coyuntura que debiera ser aprovechada por quienes se dedican, nos dedicamos, a la ciencia jurídica, una oportunidad para preguntarnos por lo que hacemos y sobre cómo lo hacemos. En definitiva, para cuestionarnos qué futuro le espera al estudio del Derecho, especialmente en la universidad. Sin duda, es una reflexión que se echa de menos, singularmente entre los civilistas españoles (algunas excepciones hay, aunque pasen bastante desapercibidas: véase Rubio Garrido, Tomás: *La doctrina de los autores. De fuente jurídica primaria a la vulgarización e irrelevancia*, Editorial Comares, Granada, 2006)

Con toda probabilidad un libro como el que reseñamos reconciliará a muchos escépticos –o más bien ignorantes– con el trabajo que pueden desarrollar los juristas científicos desde la universidad. Nadie puede discutirle a este libro su utilidad y, por añadidura, su rentabilidad social. En este volumen de seiscientas bien aprovechadas páginas, se sirve, como ahora explicaremos, si no de modo inmediato a la causa de la unificación del Derecho privado europeo sí a la causa de la armonización comunitaria, un poco menos sofisticada pero con toda seguridad mucho más realista. Se trata además de un libro –uno más– publicado por una editorial sin la cual es difícil concebir la expansión y el estudio del Derecho privado europeo en los últimos años como es Sellier European Law Publishers, toda una garantía también de utilidad en los términos en los que estamos hablando –se trataría de una editorial útil–. En este contexto, el equipo de autores que realizan la obra, armados con los instrumentos que les proporciona el Derecho comunitario y el Derecho comparado, analizan (y proponen) las posibilidades de que se amplíe a los países de la Unión Europea la acción directa contra los fabricantes de productos defectuosos. Se trata de una posibilidad existente ya en varios países europeos –entre ellos España– y que ha sido hasta ahora, sin embargo, no asumida ni por el Derecho comunitario vigente (o en curso de promulgación) ni por las diversas iniciativas, de orden académico, existentes para la unificación del Derecho privado. Efectivamente, como señalan los editores del volumen, autores del estupendo *Comparative report* con que se abre éste, la importante Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, habría adoptado el modelo tradicional de reconocer la acción sólo contra el vendedor final y no contra cualquiera de los otros sujetos que, desde el fabricante hasta éste, intervienen en la puesta en el mercado del producto de que se trate. A pesar de diversos pronunciamientos más o menos favorables, la realidad es que finalmente en octubre de 2008, en la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores presentada por la Comisión, ésta se abstiene de imponer la responsabilidad directa a los fabricantes o productores por los productos defectuosos, aun cuando reconoce que el hecho de mantener la diversidad de regímenes sobre esta cuestión puede suponer un problema para el mercado interior. Este rechazo comunitario y el escaso interés de las que hemos denominado iniciativas académicas en torno a la unificación del Derecho privado europeo –señaladamente, entre lo más reciente, el Draft Common Frame of Reference (DCFR), presentado a principios de 2008, no hace previsión alguna a este respecto– hacen que este volumen cobre el interés (y la importancia) de una propuesta, sin duda realizada seriamente, si bien discurre al margen de estos cauces oficiales u *oficializados*.

El libro, que constituye la culminación de los debates tenidos en 2007 y 2008, recoge de modo informativo, no exento de exhaustividad, veinticuatro informes sobre otros tantos ordenamientos europeos respecto de las acciones con que cuentan los consumidores de productos defectuosos y el derecho de repetición del vendedor final. Dichos informes –que incluyen los de países que no forman parte de la UE pero que sí son *cercanos*, como son Noruega, Suiza y Turquía–, integran la tercera parte del libro y se centran en la transposición de la Directiva sobre venta y garantías de los bienes de consumo, la situación actual y el posible impacto que podría tener en los Derechos domésticos la implantación de la responsabilidad directa. En definitiva, el libro, que cobra en esta parte un claro carácter de obra de referencia, ofrece un muy acabado *status questionis* que permite calibrar la pertinencia de la propuesta que realiza. Precisamente, como complementos u otras perspectivas para dicha valoración deben contemplarse los tres trabajos que integran la segunda parte del libro bajo el título de *Horizontal Perspectives*. Como subrayan los editores, se trata en efecto de complementar la información que proporciona el uso de la técnica comparatista con unas miradas más amplias, que es como deben contemplarse aquellas que reparan en los antecedentes históricos (*New Law Base don Old Rules: Antecedents and Paragons of the modern Law on Producers' Liability*), que se ocupan de la perspectiva empresarial y económica (*Impacts of Warranty Claims on Consumers' Complaint Behaviour and Producer's Reputation: A Behavioural Psychology Analysis and Empirical Findings* y *Consumer Sales Law from an Economic Perspective*), o que se fijan en el tratamiento de la cuestión por parte del Derecho internacional privado (*Direct Producers' Liability and Sellers' Right of Redress in Private International Law*).

En definitiva, ante un libro como éste, ante un producto de esta calidad –en la línea habitual de la editorial que lo publica– y que realiza, sobre todo, una propuesta concreta dirigida a los ordenamientos jurídicos europeo y nacionales, cabe tranquilizar a los que avizoran un futuro incierto a la, para nosotros, mal llamada ciencia del Derecho. Libros así le aseguran ciertamente su supervivencia entre las disciplinas útiles y rentables. Al menos por ahora. Lástima del resto.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

SEYR, Sibylle: *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 459. ISBN 978-3-428-12568-5.

I

La contribución del TJCE ha sido decisiva para el desarrollo del Derecho comunitario. En sus sentencias, el TJCE no sólo se ha servido de los métodos clásicos de interpretación y de la interpretación comparativa, sino que también ha recurrido al conocido como «efecto útil». A su amparo, el TJCE ha desarrollado principios como el de primacía del derecho comunitario, su eficacia inmediata y directa, o la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro por la infracción del Derecho comunitario. El llamado principio de

efectividad también tiene su origen en el efecto útil. En definitiva, éste exige a los Estados miembros procurar no hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

En los últimos años, el principio del efecto útil ha tenido una importancia creciente en el Derecho privado. En el ámbito del Derecho de la competencia, la STJCE *Courage* (asunto C-453/99) reconoció una pretensión a la indemnización de daños en base a la responsabilidad extracontractual y afirmó que la plena eficacia del art. 81 del Tratado y, en particular, el efecto útil, se verían en entredicho si no «existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia» (párrafo 26). En el ámbito del Derecho de consumo, el efecto útil también ha sido invocado y cada vez con mayor asiduidad: ya sea en relación con el control de cláusulas abusivas (*vgr.* asuntos acumulados C-240/98-C-244/98-Océano Grupo; asunto C-473/00-Cofidis; asunto C-40/08 -Asturcom Telecomunicaciones), ya en el ámbito de los contratos celebrados fuera de establecimiento (*vgr.* asunto C-229/04-Crailsheimer Volksbank; C-350/03-Schulte).

Basten esos ejemplos para poner de relieve la importancia del efecto útil en la interpretación y desarrollo del Derecho comunitario. Por eso sorprende que hasta la fecha ninguna sentencia del TJCE explique su contenido o las circunstancias en que puede ser alegado. La doctrina muestra pareceres contrapuestos. Vinculándolo con la interpretación teleológica, algunos autores sostienen que el efecto útil tan sólo indica cuál de las diversas interpretaciones que ofrece una disposición comunitaria es preferente. Por el contrario, otros consideran que, además de la hipótesis en que un concepto no está claro o se presta a diversos significados, el efecto útil también sirve para ampliar las competencias de la Unión europea. En este sentido lo entiende también el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE), según el cual el efecto útil proporciona «una interpretación del Tratado que permite agotar al máximo posible las competencias de la Unión europea» y por eso anuncia que no quiere sentirse vinculado por un derecho que roce los límites establecidos por el Derecho comunitario en vigor (BVerfGE 89, 155, 210–Maastricht; BVerfG, Sentencia de 30.6.2009, *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW] 2009, 2267, 2272-Lissabon).

II

En este contexto, la monografía de Sibylle Seyr sobre el efecto útil del Derecho comunitario en la jurisprudencia del TJCE alcanza un mayor relieve. Se trata de la tesis doctoral de la autora, redactada en la Universität Göttingen, bajo la dirección del Prof. Dr. Christian Callies, en la que se analizan empíricamente 455 sentencias en las que el TJCE utiliza el principio del efecto útil, tanto desde el punto de vista metodológico como de contenido. En la primera parte (pp. 21-93), la autora expone los distintos métodos argumentativos del Tribunal y, especialmente, la interpretación gramatical, seguida de la sistemática, la teleológica, la histórica y la comparativa. Concluye que, apenas sin excepciones, el TJCE no sigue un único método interpretativo y que, por el contrario, tiende a combinarlos todos. Seyr rechaza la afirmación común en virtud de la cual la interpretación

literal o gramatical tiene una importancia mínima. Lo que la autora constata es que la importancia de ese método ha crecido en los últimos años y que el texto normativo es siempre el punto de partida de toda actividad de interpretación aunque, como regla general, el TJCE también recurre a otros métodos, incluso cuando el significado del texto comunitario es claro e inequívoco. Ello no obstante, y de acuerdo con la opinión dominante, Seyr estima que la interpretación teleológica es aquella a la que el TJCE concede mayor importancia.

La autora dedica la segunda parte de su investigación (pp. 94-271) al análisis particularizado de las sentencias en las que el TJCE se sirve del efecto útil. Seyr las clasifica en dos grandes subapartados. En el primero agrupa las sentencias en las que el TJCE ha desarrollado principios generales o institutos de Derecho comunitario (*vgr.* primacía y eficacia inmediata, principio de efectividad y responsabilidad del Estado). En el segundo, reúne las sentencias que aplican el efecto útil en ámbitos específicos del Derecho comunitario. Es una perspectiva convincente, aunque quepa criticar el escaso peso que tiene en su estudio el impacto del efecto útil en el ámbito del Derecho privado. Con todo, es impresionante la gran cantidad de sentencias analizadas, clasificadas por conceptos y categorías en dos tablas incluidas al final del libro (pp. 370-431).

En la tercera parte (pp. 272-356), la autora entra en la valoración de las sentencias. Seyr considera que el efecto útil es un método de interpretación autónomo, que no debe ser visto como un subtipo dentro de la interpretación teleológica. La autora entiende que esta última sólo sirve para averiguar cuál es la finalidad que persigue la norma y que, por el contrario, la interpretación basada en el efecto útil trata, además, de averiguar cuál es la que, en realidad, puede alcanzarse. Es decir, el recurso al efecto útil sirve sobre todo al TJCE para asegurar que las normas del Derecho comunitario sean aplicables y exigibles. Ahora bien, el art. 10 del TCE establece el principio de cooperación leal que rige las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias. Tal principio obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario e impone a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal con los Estados miembros. Por tanto, no es preciso dar autonomía al principio de efecto útil y considerarlo independientemente como un método de interpretación autónomo. Más bien parece que, todo lo contrario, el art. 10 TCE establece un principio general, que también vincula a los jueces, y que debe ser tenido en consideración en la interpretación (teleológica) del Derecho comunitario.

El análisis jurisprudencial permite a Seyr poner de relieve cuáles son los presupuestos necesarios para la aplicación del efecto útil. La autora critica, con razón, que el TJCE todavía no se haya pronunciado al respecto, porque entiende que ello es contrario al principio de seguridad jurídica. Por eso recomienda al TJCE que en el futuro precise los contornos y, mientras tanto, propone pautas y parámetros (pp. 297-300): si el texto de la norma está claro, es inequívoco y no permite ser interpretado, no debería recurrirse al efecto útil. Ello sólo sería posible cuando el recurso a los métodos clásicos de interpretación encerrara el peligro de impedir la eficacia de la norma en la práctica. En ese caso, la aplicación del efecto útil debería observar el principio de proporcionalidad, es decir debería ser adecuado, necesario y proporcionado para asegurar la eficacia del Derecho comunitario.

Finalmente, Seyr no comparte la tesis según la cual el recurso al principio de efecto útil permite al TJCE desarrollar sin límites el Derecho comunitario e ir más allá de los que fija el TCE. Tras un análisis detallado, la autora concluye de manera convincente que, generalmente, el TJCE no decide «*in dubio pro comunitate*». Es cierto que la interpretación basada en el efecto útil puede conducir a una ampliación de las competencias establecidas en el TCE (ha sido así, *vgr.*, en relación con la creación del principio de responsabilidad comunitaria de los Estados). Sin embargo, según Seyr, el TJCE no garantiza la efectividad a cualquier precio, sino que se atiene a los límites que se derivan de los principios generales del Derecho comunitario. Ello se aprecia claramente en la jurisprudencia del TJCE relativa a la eficacia entre particulares de las directivas no transpuestas. Aunque, sin duda, tal eficacia horizontal contribuiría a dotar al Derecho comunitario de mayor efectividad, el TJCE se abstiene de ir tan lejos, ya que ello sería contrario tanto a la letra del TCE, como a las demandas de los interesados y al principio de seguridad jurídica. Seyr afirma, con razón, que el TJCE trata de mantener el equilibrio en las relaciones entre la Comunidad, los Estados miembros y los ciudadanos de la Unión europea.

No es necesario insistir en que, a la vista del desarrollo dinámico del Derecho comunitario, tales relaciones requieren un equilibrio constante. En cualquier caso, el libro de Seyr tiene el mérito de haber analizado los argumentos poco claros del TJCE y de explicar cuál es la situación actual. Ofrece una base de trabajo indispensable que necesariamente debe servir como punto de partida para todos aquellos que, en el futuro, se interesen por el desarrollo del principio del efecto útil en la jurisprudencia del TJCE.

Martin EBERS
Humboldt-Universität zu Berlin

MARTHINUSSEN, Hans Fredrik: *Forholdet mellom panterett og pante-krav (La relación entre la hipoteca y la obligación asegurada)*, Bergen (Noruega), Universitetet i Bergen, Allkopi, 2009. 515 pp. ISBN 978-82-308-0734-7.

Ante la dificultad de poder recensionar un libro escrito en noruego (en 2010 su autor publicará un artículo con lo esencial del mismo en inglés), debe valorarse, primero, si es una obra que aporta algo al conocimiento científico, segundo; se debe tener, al menos en mi caso, una fuente alternativa que complemente aquello que pueda deducirse de la obra en sí (tiene un sumario en inglés); y, tercero, que mediante una recensión pueda aproximarse al lector que desconozca tal idioma el contenido del libro.

En esta ocasión los dos requisitos se cumplían, y el tercero depende de la pericia de este *reviewer*. Así, por un lado se trata de un profundo análisis de la flexibilización de los derechos reales de garantía inmobiliaria a través de la flexibilización del vínculo de la hipoteca con las obligaciones que, en su caso, garantice, lo que se trata de una cuestión central en el estudio actual a nivel europeo de la hipoteca y nuevas formas de la misma en derecho comparado (ver, en este sentido, los resultados de 4 años de investigaciones por parte de 22 investigadores europeos en este materia en STÖCKER, Otmar. STÜRNER, Rolf, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte*

in Europa. Band III, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Band 37, Berlin, 2008). Y por otro, conocer personalmente al autor y discutir con él temas centrales de su investigación me ha permitido un *insight* sobre su trabajo que, creo, debe aprovecharse.

La Parte I del libro está dedicada a una descripción general de las diferentes vías para aproximarse al carácter de la hipoteca, un breve resumen de su desarrollo histórico y cuestiones metodológicas, esenciales para un trabajo que fue la tesis doctoral del autor. La Parte II está dedicada a la descripción de la conexión entre hipoteca y la obligación que garantiza en diversos países europeos. Los ordenamientos estudiados son el derecho alemán, el francés y el *common law*; pero también, tomando ventaja de la proximidad familiar entre derechos civiles, están estudiados el derecho danés y el sueco, lo que resulta una importante aportación en la materia. La Parte III, de carácter más dogmático, trata el principio de accesoriedad en las hipotecas noruegas, lo que aprovecha el autor en la Parte IV para efectuar un estudio a nivel de derecho comparado sobre ello, analizando los diferentes tipos de hipotecas independientes y las ventajas e inconvenientes de las diferentes construcciones en derecho comparado.

La principal cuestión del trabajo es, pues, dilucidar si la existencia de una obligación es necesaria (*sine qua non*) para la existencia de un derecho real de garantía inmobiliaria y su alcance. El autor, no obstante, es consciente de que el concepto de accesoriedad no es unívoco, sino que se extiende a diversos momentos de la relación hipoteca-obligación asegurada: accesoriedad de creación (la garantía sólo se puede crear si pre-existe obligación), de alcance (si el alcance de la hipoteca depende de la obligación), de competencia (si el acreedor y el acreedor hipotecario deben ser la misma persona), de extinción (si la hipoteca debe extinguirse cuando se extinga la obligación garantizada) y de ejecución (que la hipoteca no puede ejecutarse más allá del alcance de la obligación).

A pesar de las raíces romanas del principio de accesoriedad, las necesidades del negocio hipotecario actual requieren su flexibilización, especialmente para que el acreedor pueda asegurarse el rango y para garantizar diversas obligaciones de cuantía variable con una sola hipoteca (de hecho, ésta es la tendencia en nuestra Ley 41/2007, al regular la hipoteca de máximo y la hipoteca promotor).

Las conclusiones a las que llega el autor son las siguientes:

a) Que la flexibilización del vínculo hipoteca- obligación garantizada no significa necesariamente una mayor desprotección del deudor (como proclaman, por ejemplo, algunos revisores del Libro Verde 2005 y del Libro Blanco 2007 sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea o, también, un reciente trabajo de STEVEN, Andrew JM, «Accessoriness and Security over Land», *Edinburgh Law Review*», 13, 3, 2009, pp. 387-426, sobre esta cuestión), sino que éste puede retener en sus manos las excepciones que le benefician contra, en su caso, un nuevo acreedor hipotecario que haya adquirido el derecho real inmobiliario y pretenda ejecutarlo contra el deudor desvinculándolo causalmente de la obligación garantizada, como lo evidencia la reciente reforma de la *Grundschild* en Alemania que lo permite a pesar de tener una naturaleza no accesoría (§ 1192 BGB).

b) Las hipotecas de máximo pueden ser reguladas de tal manera que alcancen la flexibilidad de las hipotecas independientes estilo *Grundschild*, como sucede con algunas escandinavas.

c) La hipoteca sueca puede servir de base para la Eurohipoteca, así como las hipotecas de máximo de algunos países pueden servir de punto de partida para su implementación.

En consecuencia, se trata de un trabajo profundo sobre un tema central que deberá ocupar parte importante de los esfuerzos de investigadores, prácticos y legisladores si se pretende tener un mercado hipotecario paneuropeo, más que necesario en el contexto de crisis actual. Las aportaciones del Dr. Marthinussen contribuyen a aproximar posturas entre las diferentes familias del derecho civil en materia hipotecaria (escandinavo, *common law*, hipoteca independiente e hipotecas dependientes).

Sergio NASARRE AZNAR
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

HOWELLS, Geraint-SCHULZE, Reiner (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2009, 322 pp. ISBN 978-3-86653-082-9.

En octubre de 2008, la Comisión europea hizo pública la Propuesta sobre los derechos de los consumidores (COM(2008) 614 final), comúnmente conocida como «Propuesta de Directiva horizontal». La norma trata de armonizar las cuatro directivas a las que pretende reemplazar (Dir. 85/577/CEE, sobre negocios celebrados fuera de establecimientos comerciales; Dir. 97/7/CE, sobre contratos a distancia; Dir. 99/44/CE, sobre garantías en las ventas de consumo; Dir. 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas) y, además, opta por el enfoque de la armonización máxima o plena. Con ello se persigue un doble objetivo: por un lado, proporcionar una regulación sistemática y coherente del acervo comunitario; y, por el otro, asegurar un mismo nivel de protección de los consumidores en todos los Estados miembros y reducir, así, los costes de transacción en el comercio transnacional. Objetivos loables de cuya consecución, sin embargo, puede dudarse a la vista de la Propuesta a la que se alude. De entrada, porque la norma proyectada no procura una regulación de todo el Derecho contractual y sólo pretende armonizar algunas de las materias tratadas por esas cuatro directivas, sin que, por lo demás, en esas materias se logre siempre mejorar el régimen vigente en el Derecho comunitario (*vgr.* el art. 19 Propuesta amplía los supuestos de exclusión del derecho de desistimiento y mantiene otros que reiteradamente la doctrina ha puesto en entredicho); en segundo lugar, porque en determinados casos la regulación propuesta —que, no se olvide, no admite variaciones en los Estados miembros, en virtud del enfoque de armonización máxima— supone una rebaja de la protección del consumidor ya alcanzada en algunos países (es así, *vgr.*, en relación con la regla que, en caso de falta de conformidad de los bienes con el contrato, impone al consumidor el deber de notificación del defecto al vendedor en el plazo máximo de dos meses a partir del momento en que lo descubra, *cf.* art. 28.4); en tercer lugar, porque ni siquiera queda claro en qué casos la armonización máxima supone que lo no regulado expresamente en la Proposición está excluido o, por el contrario, indica que existe un margen de apreciación, por parte del legislador nacional, para introducir normas distintas; en cuarto lugar, porque la indefinición de alguna de las reglas propuestas genera muchos más problemas de los que trata de solucionar (*vgr.* ¿cómo interpretar el concepto de «buena fe» o «desequilibrio importante» [art. 32.1

Propuesta] o «características principales del producto» [art. 5.1 Producto], en un contexto de armonización plena? ¿y a qué daños se refiere el art. 27.2 Propuesta?); y, en quinto lugar, porque la Propuesta introduce reglas que no tienen precedente en el actual *acquis* y que, en cierto modo, esto es, tal y como están redactadas, son de dudosa utilidad (*vgr.* el deber general de información, con un contenido tasado, en todos los contratos de consumo, salvo que la misma «resulte evidente por el contexto», art. 5.1 Propuesta); o reglas que no se apoyan en las definiciones que proporcionan los ACQP o el DCFR (*vgr.* en relación con los conceptos de consumidor y empresario [arts. 2.1 y 2 Propuesta], la definición de contrato celebrado a distancia y fuera de establecimiento [2.8 y 9 Propuesta], o en lo que atañe a la regulación del desistimiento [arts. 12-18]), a pesar de que lo lógico es que unos y otros hubiesen sido tomados en consideración, supuesto que el DCFR persigue, entre otros objetivos, la «coherencia» (terminológica y de contenidos) del acervo comunitario.

Esas críticas y muchas otras se pueden leer, reiteradamente, y a partir de esos y muchos otros ejemplos concretos, en el libro del que ahora se da cuenta, que no es sino el resultado de la publicación de las actas del coloquio del pasado mes de enero de 2009, celebrado en la Facultad de Derecho de la U. Manchester, con el apoyo del *Consumer Law Academic Network* (CLAN), el *Centrum für europäisches Privatrecht* (U. Münster) y el *UK Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR). El volumen se divide en siete partes y cada una de ellas cuenta con entre una y tres contribuciones.

La primera parte es introductoria y proporciona una visión general y completa de los defectos, más que de los logros, de la Propuesta de Directiva (Howells-Schulze, «Overview of the Proposed Consumer Rights Directive», 3-25) y, en parte, ya anuncia lo que luego otros participantes en el libro explican con detalle. Se pone de relieve, por ejemplo, el sinsentido de que en todo contrato celebrado fuera de establecimiento comercial se imponga la necesidad de rellenar un formulario de desistimiento y se lamenta que el modelo que proporcionan tanto los ACQP como el DCFR no haya servido, entre otros ejemplos, para sistematizar la regulación del derecho de desistimiento y para construir un modelo que pudiera ser aplicado a otros tipos contractuales, distintos de las ventas a distancia y a domicilio.

En la segunda parte, una contribución analiza el alcance y los valores subyacentes en la Propuesta, de nuevo poniendo el acento, por un lado, en la historia de los proyectos académicos que debían servir para mejorar el Derecho contractual europeo y el escaso eco que los mismos han tenido en la norma que se analiza; y, por el otro, en las muchas dificultades de interpretación que genera el enfoque de máxima armonización (Schulte-Nölke, «Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR», 29-46). Esto mismo, junto con los problemas de legitimación y competencia, es objeto de crítica en la contribución de Micklitz («The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain», 47-83), que también denuncia el nulo reflejo que en la Propuesta tienen los contratos de servicios.

La tercera Parte estudia la regulación de la buena fe y de las condiciones generales. Una contribución lo hace desde una redefinición del derecho contractual, en términos de análisis económico del Derecho, que debiera servir para replantear la función del principio de buena fe y de honradez en los tratos (Brownsword, «Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing», 87-113); y otra, de signo más positivista, compara la regulación con-

tenida en la Dir. 93/13, su interpretación por el TJCE y su transposición en los Estados miembros, con las propuestas contenidas en el DCFR y los ACQP (en parte no coincidentes, *vgr.* a propósito del posible carácter abusivo de las cláusulas negociadas. *Vid.* art. 6:101(1) ACQP y art. II.-9:403 DCFR), además de valorar los pros y los contras de la inclusión de listas grises y negras de cláusulas abusivas, especialmente a la luz de la experiencia de la Dir. 29/2005, sobre prácticas comerciales desleales (Stuyck, «Unfair Terms», 115-144).

A las ventas y la responsabilidad directa del productor está dedicada la cuarta Parte de este libro. Un análisis pormenorizado de las normas que integran el Cap. IV de la Propuesta de Directiva («Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de venta»), sirve a Twigg-Flesner («Fit for Purpose? The Proposal on Sales», 147-176) para exponer una valoración claramente negativa: en ocasiones, la norma presenta defectos de redacción (*vgr.* los requisitos de conformidad se presentan de forma alternativa en lugar de cumulativamente, art. 24 Propuesta); en otras, son cuestionables las opciones de política jurídica subyacentes. Así, el autor se plantea si no sería más beneficioso tanto para el consumidor como para el empresario –lo que, en definitiva, supondría un impulso al desarrollo del mercado interior–, dar preferencia a un remedio que consistiera principalmente en la devolución del precio antes que en la reparación/sustitución del bien (art. 26 Propuesta). A continuación, Riefa («A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions», 177-187) expone el régimen jurídico de las ventas mediante subasta electrónica, con energías críticas a una regulación que no reconoce el derecho a desistir de las mismas. Esta Parte se cierra con un análisis sobre la necesidad de reabrir el debate a propósito de la consagración de la responsabilidad directa del productor que, actualmente, la Propuesta de directiva no contempla (Willet, «Direct Producer Liability», 189-209).

A los deberes de información, el derecho de desistimiento y los remedios en caso de infracción contractual viene dedicado el bloque siguiente, que conforma la quinta Parte del libro. Tampoco aquí los resultados de la crítica doctrinal son muy halagüeños. Si bien Nordhausen Scholes («Information Requirements», 213-236) valora positivamente algunos cambios (*vgr.* la no exigencia de que, en un contrato a distancia, el vendedor posea un sistema organizado de venta a distancia, art. 2.6 Propuesta), por el contrario denuncia una regulación del deber general de información a la que le falta coherencia (*vgr.* cuando no puedan calcularse por adelantado los gastos de envío, al comerciante le basta indicar que éstos deberán pagarse, sin que sea exigible que, además, detalle la forma de calcularlos, como sí que sucede, en cambio, respecto de la determinación del precio, art. 5.1 *c* Propuesta); es incompleta (nada se especifica, por ejemplo, acerca de la lengua en que debe proporcionarse información al consumidor; se omite una previsión que exija informar sobre el momento del cumplimiento en los contratos de servicios); y, además, en determinados casos, protege más al comerciante que al consumidor (*vgr.* cuando se obliga al primero a informar acerca de los procedimientos de pago, entrega, ejecución y reclamaciones, pero sólo si éstos «se apartan de las exigencias de la diligencia profesional», art. 5.1 *d* Propuesta). En el capítulo dedicado al derecho de desistimiento, Loos («Rights of Withdrawal», 237-277) realiza un exhaustivo análisis de la parte correspondiente del Cap. III Propuesta de directiva y aplaude –no sin matices– algunas de sus novedades (*vgr.* la imposición de los costes de devolución del

producto al consumidor y la responsabilidad por un uso que vaya más allá de la prueba de los bienes, art. 17 Propuesta). Pero, tras comparar esas normas con las que sobre la misma cuestión se contienen en otras directivas no incluidas en la Propuesta –y algunas recientemente promulgadas–, concluye que todavía subsiste diversidad en la determinación del *dies a quo*, en las consecuencias sobre la falta de información (que la Propuesta limita a la información al derecho a desistir, art. 13) y en la forma en que el derecho debe ejercerse. Esos ejemplos concretos permiten al autor afirmar que, de nuevo, la Propuesta tiende a favorecer la posición del comerciante en detrimento de la del consumidor. Finalmente, Zoll («The Remedies for Non-Performance in the Proposed Consumer Rights Directive and the Europeanisation of Private Law», 279-286), aporta argumentos convincentes a propósito del retroceso que supondría en el proceso de europeización del derecho de contratos la aprobación de la norma. Efectivamente, como consecuencia del principio de plena armonización al que responde y a la falta de completitud de sus previsiones, no ofrece la flexibilidad necesaria para poder ser integrada en el Derecho contractual general de los Estados miembros. Por citar sólo un ejemplo traído a colación por el autor, la Propuesta no establece claramente las consecuencias del incumplimiento de la obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado o, en su defecto, el de 30 días (art. 22.2); no se especifica si el consumidor *sólo* tiene derecho a reclamar la devolución de las cantidades pagadas, ni exactamente qué significa ese remedio: ¿Sólo afecta al consumidor que ha pagado por adelantado? ¿Significa que está dispensado del pago adelantado antes de la entrega en el plazo señalado? ¿O que, en caso de que ésta se haya producido, puede optar por la resolución del contrato una vez transcurrido el plazo? Esto último no lo cree Zoll, pero a mí me parece lo más razonable. Tal divergencia de interpretaciones no puede sino llevar a compartir la conclusión del autor: que una armonización máxima que contenga regulaciones poco claras, sin un anclaje concreto en otros textos que sirvan de precedente o modelo (vgr. el C. Viena 1980, la Dir. 99/44) y que dé como resultado unas reglas fragmentarias, no es de recibo.

Conforma la sexta y penúltima sección una única ponencia (Beale, «The Draft Directive on Consumer Rights and UK Consumer Law», 289-302) con crítica ponderada que, en una primera parte, proporciona una visión general de la Propuesta, analizando sus luces y sus sombras –y, especialmente, en lo que concierne al impacto de la armonización máxima–, y describiendo el efecto claramente negativo que la misma tendría en el Derecho de consumo inglés si se adoptara en su versión actual. Por ejemplo, y entre otros, porque la misma otorga al comerciante y no al consumidor el derecho de optar por la reparación o la sustitución (art. 26.2). En una segunda parte, el autor aboga por una simplificación y una mayor accesibilidad del Derecho de consumo inglés y sugiere la posibilidad de crear un «código» o «restatement».

Finalmente, la séptima y última parte del libro, que también está integrada por una única contribución –en este caso es una comunicación o *discussion paper*–, vuelve a insistir en los problemas que encierra un enfoque de armonización plena y especialmente cuando, como es el caso, el proceso de revisión del *acquis* no proporciona una regulación completa de las materias tratadas. Efectivamente, Mak («The Degree of Harmonisation in the Proposed Consumer Rights Directive: A Review in Light of Liability for Products», 305-322) denuncia que la Propuesta no haya tenido en cuenta los solapa-

mientos que existen entre el régimen de la responsabilidad contractual y la extracontractual y se muestra contrariada por el hecho de que la norma no haya tenido en cuenta la Dir. 85/374 (y su necesaria actualización) a la hora de ofrecer una regulación armonizada de ciertos aspectos de las ventas de consumo. En concreto, la autora analiza los *links* entre la noción de falta de conformidad y de defecto, las diferentes vías para reclamar daños y la responsabilidad (contractual y extracontractual) del productor.

Como se ha ido viendo y se había adelantado al comienzo, la nota común a todas las contribuciones es que ninguna ahorra críticas a la Proposición de directiva. Sin duda, esas opiniones y aun otras (*vid.*, entre otros, Micklitz-Reich, «Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a «Directive on Consumer Rights», *Common Market Law Review*, 2009, 46, 471; European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), «Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights», *Oxford U Comparative L Forum*, 2009, 3: <http://ouclf.iuscomp.org>; Ebers, «De la armonización mínima a la armonización plena. La Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores», *Indret*, 2010, 2 (www.indret.com), acabarán pesando en su revisión, ya instada tanto desde el Parlamento europeo (*vid.* Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Diana Wallis, Informe de 15 de abril de 2009 [PE423.804v01-00]; resumen en Arroyo Amayuelas, *ADC*, 2009, 3, 151-153], como desde el Comité de las Regiones (DO C 200/76, de 25 de agosto de 2009; resumen en Arroyo Amayuelas, III. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea, epígrafe 2, en esta misma Crónica]; y también desde el Consejo, donde todavía se encuentra en fase de deliberación (Schmidt-Kessel/Meyer, «Neues aus Brüssel», *GPR*, 2009, 5, 251).

Todos esos problemas y sus eventuales soluciones, a los que el libro se refiere con detalle, no han sido objeto de gran discusión en España, quizás porque los juristas españoles prefieren esperar a que acaezcan las más que probables reformas en el texto actual de la Propuesta. Desde luego, el TR-LGDCU no se vería menos afectado que cualquier otro derecho nacional por la adopción de la Propuesta de Directiva. Véase si no el impacto *negativo* que tendrían los art. 5.1 *e* y 9 *a* de la citada Propuesta, que prevén que el empresario *sólo* deba informar al consumidor de su derecho de desistimiento cuando éste exista, mientras que el art. 60.2 y 97.1 *d* TR-LGDCU le obligan a informar *tanto si el derecho existe como si no* (esto último, en las ventas a distancia). No es el único ejemplo, ni seguramente el más relevante y, acaso, en determinados supuestos, la Propuesta ofrezca más ventajas que las que actualmente proporciona el derecho español (*vid.*, para una perspectiva general, más crítica con el Derecho español que con la Propuesta europea, González Carrasco, «La propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008 y su incidencia en el TR-LGDCU» en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2008/pdf/17.pdf>). Convendría profundizar en esa línea de investigación y no ser refractarios a un debate general en Europa que, además, se prevé fecundo en resultados ¡Aunque sólo sea para dejar constancia de que los países del sur también existen!

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

BALDUS, Christian; FINKENAUER, Thomas; RÜFNER, Thomas (eds.): *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008. 388 pp. ISBN 978-3-16-149578-6.

Este apretado volumen constituye el resultado final de los trabajos realizados en el marco de un simposio celebrado en el aula magna del seminario diocesano de la histórica ciudad alemana de Tréveris entre los días 23 y 25 de noviembre de 2007, dedicado a reflexionar en torno al pasado, presente e incierto futuro de la educación jurídica en Europa¹, un tema de capital importancia en el panorama jurídico español en este momento de cambio en los planes de estudio en todas las Facultades de Derecho de España. Esta obra continúa con la temática referida a la necesidad de formar juristas europeos y con una mentalidad superadora de los ya envejecidos compartimentos estancos nacionales que se encuentra también en otras muchas publicaciones anteriores², pero esta vez con el telón de fondo de la implementación masiva del llamado «proceso de Bolonia» en los diversos países de la Europa comunitaria (e incluso no comunitaria)³. Precisamente la elección de dicha ciudad,

¹ El programa de dicho simposium y más detalles al respecto pueden encontrarse aún en el siguiente sitio de Internet: <http://www.ausbildungsreform.blogspot.com>.

² Así pueden citarse, entre otras, la siguientes obras: F. RANIERI, «Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe», en *Ius Commune* 17 (1990), pp. 9-25; B. de WITTE, C. FORDER (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education = Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique* [Conference 'Legal Education in the Future', September 1991], Maastricht, 1992; M. W. HESSELINK, *The New European Legal Culture*, Deventer, 2001; M. FAURE– J. SMITS– H. SCHNEIDER (eds.), *Towards a European Ius Commune in legal education and research: proceedings of the conference held at the occasion of the 20th anniversary of the Maastricht Faculty of Law*, Antwerpen, 2002; A. WACKE; C. BALDUS, *Juristische Vorlesungen und Prüfungen in Europa*, Stuttgart, München, 2002; H. HIRTE; S. MOCK, «Die Juristenausbildung in Europa vor dem Hintergrund des Bologna-Prozesses», *JuS* 12 (2005) (Beilage); M. Á. BERMEJO CASTRILLO, «¿Realidad o ficción? El proceso de convergencia de las enseñanzas jurídicas dentro del marco del proyecto de creación de un Espacio Europeo de Educación Superior», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 9 (2006), pp. 237-296; B. FAUVARQUE-COSSON, *The rise of comparative law: a challenge for legal education in Europe*, Groningen, 2007.

³ Para servir de aclaración a aquellos de nuestros lectores que quizá pudieran estar poco familiarizados con el actual devenir de la Universidad española (y europea), conviene recordar que el mencionado «proceso de Bolonia» hace referencia al movimiento de reforma en profundidad de los estudios universitarios emprendido en la mayor parte de los Estados europeos, iniciado a partir de la llamada «Declaración de Bolonia», un documento firmado el 19 de junio de 1999 en dicha ciudad italiana por los Ministros de Educación de más de 29 Estados europeos (puede verse el texto original, en inglés, en: http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/documents/MDC/BOLOGNA_DECLARATION1.pdf), cuyo objetivo declarado es establecer las bases para la creación de un «Espacio Europeo de Educación Superior» (EEES), organizado conforme a ciertos principios (calidad, movilidad, diversidad, competitividad) y orientado a la consecución, entre otros, de dos objetivos estratégicos: el incremento del potencial de empleo en la Unión Europea y la conversión del sistema europeo de formación superior en un polo de atracción para estudiantes y profesores de otras partes del mundo, lo que lleva a una transformación en profundidad de los sistemas académicos tradicionales en la mayor parte de los Estados europeos. Informaciones más detalladas al respecto (aparte de una bibliografía ya inabarcable) pueden verse en la página web <http://www.eees.es/> y en el sitio oficial del «proceso de Bolonia» (<http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/>). Es preciso traer a colación el hecho de que esta «declaración de Bolonia» ni es un documento comunitario (ya que entre sus signatarios hay representantes de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, como Suiza o Turquía) ni tiene carácter vinculante, por lo que la adhesión a dicho proceso es una decisión absolutamente libre y voluntaria de los distintos Estados partici-

cuna de la primera facultad de Derecho de Europa occidental (*nutrix legum*), como lugar para la firma de la llamada «Declaración de Bolonia» es altamente significativa de cómo los estudios jurídicos se ven afectados desde un primer momento por las propuestas de transformación de la estructura de los estudios universitarios ahí recogidas, si bien hay que indicar que, curiosamente, han sido las facultades de Derecho, junto con las de Medicina, Arquitectura e Ingeniería, las que han mostrado una mayor resistencia a la introducción de las reformas auspiciadas por (o so pretexto de) la llamada Declaración de Bolonia. De ello se hace eco justamente el volumen que comentamos, particularmente con la mirada puesta en el caso de Alemania, pero no sólo éste⁴. En palabras de dos de los editores (Finkenauer y Rűfner) en su introducción, el motivo del simposio que está en el origen del libro fue en particular la resistencia a la idea de ver el «proceso de Bolonia» como una mera justificación de un proceso natural necesario, así como a dejar el debate únicamente en el campo de los intereses económicos y corporativos, dado que la calidad de la formación de los juristas es un elemento de importancia capital para el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho y, en consecuencia, no puede abandonarse solamente al criterio de los especialistas y de los grupos de interés, sino que afecta todos. El objetivo del simposio (y del libro) no fue otro, pues, que proporcionar una fundamentación científica a la discusión material en torno al procedimiento más correcto de encauzar los estudios jurídicos a la altura de estos tiempos, y para ello se hacía necesario enfocar la cuestión con una perspectiva histórica y comparatista, aunque el declarado interés central de los organizadores del evento era, obviamente, el estado presente y la panorámica de futuro de los estudios jurídicos en Alemania. Las cuestiones centrales del debate, a las que las diversas ponencias e intervenciones (fielmente reflejadas en el volumen) intentaron responder fueron las del grado de implantación del «proceso de Bolonia» en los diversos Estados europeos, qué procedimientos concretos se utilizan en los distintos lugares para la obtención de una titulación jurídica plena, qué grado de correlación entre teoría y práctica existe en los diversos sistemas, qué grado de especialización obtienen los correspondientes titulados, etc.; en definitiva, qué tipo de profesional jurídico ideal pretende alcanzarse en cada territorio y hasta qué punto el modelo diseñado por el llamado «proceso de Bolonia» es válido o contraproducente para lograr mejor dicho objetivo. Para ello, las aportaciones de tipo histórico-jurídico pretenden servir de antesala para situar la cuestión en el contexto europeo y las de tipo comparatista permiten reconocer la enorme pluralidad de modelos educativos (y, por tanto, de profesionales jurídicos) que existen todavía hoy a escala europea.

Conforme a este programa, el libro se estructura en tres partes bien diferenciadas. La primera (pp. 7-129) se refiere a las experiencias históricas en relación con la educación y formación de los juristas desde la antigua Roma

pantes, ni tampoco supone de por sí la necesidad de cambiar los contenidos de los planes de estudio de las diversas titulaciones (sólo su estructura, con la introducción en todas ellas de varios niveles: *bachelor* o grado, *master* o postgrado y, eventualmente, doctorado) ni mucho menos los métodos pedagógicos. Estas últimas características son peculiaridades de la «vía hispánica» de incorporación al EEES.

⁴ En relación con el debate suscitado respecto a la aplicación del «proceso de Bolonia» a los estudios jurídicos en España, véase, por ejemplo, recientemente, el monográfico dedicado al tema de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 4 (abril 2009), así como el artículo de J. A. GARCÍA AMADO, «Bolonia y la enseñanza del Derecho», en el núm. 5 (mayo 2009) de la misma publicación periódica.

(E. Stolfi) hasta la Alemania del siglo XIX (P. Krause), pasando por las innovaciones de la Antigüedad tardía (D. Liebs) –tan decisivas para el devenir posterior del sentido del Derecho en el mundo occidental como poco tenidas en cuenta habitualmente–, el renacimiento jurídico medieval (H. Wieling) y los desarrollos de época moderna en Francia (Y. Mausen) e Inglaterra (M. Lobban). El conjunto de estas aportaciones ofrece una acertada panorámica general del proceso de transformación de la representación del jurista en Occidente desde sus orígenes hasta la definitiva eclosión de la Modernidad en la era de las codificaciones, poniendo adecuadamente de relieve los rasgos que han servido de elementos de unión entre las diversas etapas históricas y los distintos territorios, conformando así un cuadro genuinamente europeo, así como dando pistas sobre el hecho de que muchas de las discusiones y propuestas actuales ya fueron objeto de experimentación y debate en el pasado. No cabe objetar los elementos representativos de esta evolución que se han escogido (Roma, la Italia medieval, Francia, Inglaterra, Alemania), pero esta selección parece reflejar una vez más las tendencias que se observan habitualmente en muchos de los procedimientos de la Unión Europea, donde quedan siempre privilegiados los Estados más poderosos de la Unión (Alemania, Francia, Inglaterra, en menor medida Italia) y sus manifestaciones culturales en detrimento de los restantes; a este respecto cabría recordar que la ciencia española dominó con claridad el panorama jurídico europeo de los siglos XVI y XVII (en paralelo a la hegemonía política de la Corona española) y sus aportaciones resultaron en muchos aspectos decisivas para los desarrollos posteriores en diversos campos, algo que aquí pasa totalmente inadvertido⁵.

La segunda parte (pp. 131-318) se dedica a las aportaciones de índole comparatista, sin olvidar, no obstante, la presencia de numerosas informaciones de signo histórico en los distintos informes nacionales o territoriales que aquí se recogen, lo que resulta asimismo de gran utilidad, ya que en muchos casos esas indicaciones son completamente inalcanzables desde otros lugares cuando se trata de países que no pueden considerarse «centrales» en la descripción tradicional de la Historia del Derecho europeo. En concreto, se hace referencia a las experiencias de Austria (V. Halbwachs), Hungría (A. Földi), Gran Bretaña (M. Trybus), Estados Unidos (J. Zekoll), Finlandia (H. Pihlajamäki), Países Bajos (L. Winkel), Francia (J. Walther), Italia (P. F. Mondini), España (F. Gascón Inchausti), América Latina (A. Jaeger Junior) y Polonia (W. Dajczak). Aquí la selección de aportaciones es, obviamente, más equilibrada desde el punto de vista geográfico que en el caso anterior de las experiencias históricas, pero no deja de resultar un tanto anómalo que se incluyan sendos informes referidos a la educación jurídica en Estados Unidos y en Latinoamérica en un volumen dedicado a la problemática de la reforma de los estudios jurídicos en Europa, salvo que sea para presentar un contraste con las experiencias paralelas de nuestra cultura jurídica, pero en tal caso su ubicación debería encontrarse separada de los otros informes y enfocado su contenido a resaltar los aspectos diferenciales y/o modélicos. En cualquier caso, resultaría enormemente prolijo entrar aquí a

⁵ Esta selección muestra una vez más la preferencia en la jurisprudencia alemana por un relato unidireccional de la historia del Derecho europeo (cuyo máximo exponente es la obra, por lo demás extraordinaria, de Helmut COING), que ha sido adecuadamente criticado y puesto en cuestión por Douglas OSLER en diversos trabajos, v. gr. «The Myth of European Legal History», en *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), pp. 393-410; «The Fantasy Men», en *Rechtsgeschichte* 10 (2007), pp. 169-192.

detallar todas las reflexiones y comentarios vertidos en cada una de estas contribuciones tan variadas (tanto en temática como en forma), en las cuales predomina en su mayoría el enfoque dirigido a subrayar las dudas, dificultades y desafíos suscitados por la irrupción del «modelo de Bolonia» (del nuevo, no del venerable *mos Italicus iura docendi*) en los respectivos sistemas tradicionales de enseñanza del Derecho. Las posiciones que aquí se expresan en relación con este «proceso de Bolonia» en el campo del Derecho son tan variadas como las que se dan en la propia sociedad de cada uno de los países afectados (y, singularmente, en España: véase la acertada síntesis de Gascón Inchausti, que pone de relieve con gran perspicacia cómo el «modelo de Bolonia» no sólo no sirve para producir una mayor coherencia en los estudios jurídicos de las distintas facultades españolas, sino que más bien se ha deslizado en un sentido contrario, conduciendo además a un grave riesgo de disminución del ya de por sí discutible nivel formativo de los licenciados españoles). Los espíritus aparecen aquí divididos, y encontramos opiniones que oscilan desde un franco entusiasmo hasta un indisimulado escepticismo respecto a las virtudes de este muy publicitado proceso de metamorfosis de las enseñanzas universitarias para lograr producir juristas de mayor competencia y profesionalidad. Muy significativo resulta el informe correspondiente a Italia, donde el Paolo Flavio Mondini nos ilustra sobre cómo en su país se introdujo tempranamente el modelo «boloñés» en sentido estricto, para verse con posterioridad reformado –y, en definitiva, abandonado–, a la vista de los resultados⁶. Aviso a navegantes que, desafortunadamente, no ha sido bastante atendido en otras latitudes.

La tercera y última parte (pp. 329-381) centra todas estas cuestiones en el ámbito alemán, lo que constituyó sin duda el fin principal del simposium y, en consecuencia, también del volumen editado, es decir, tratar de extraer de la experiencia histórico-comparativa enseñanzas válidas para el actual debate sostenido en Alemania en torno a la posibilidad de introducir el «modelo de Bolonia» en la formación jurídica. En este apartado hay únicamente dos contribuciones, referida una a la reforma educativa alemana de 2002 (U. Manger) y la otra a la discusión en torno a la conveniencia (o más bien inconveniencia) de la introducción del sistema de «Bolonia» en los estudios de Derecho, rompiendo así la secular tradición de combinación de ciencia y praxis a través de los estudios universitarios seguidos de los dos exámenes de estado, con participación de profesionales prácticos del Derecho (H. Schöbel). En ellas se analizan los riesgos que las reformas pueden suponer para la calidad de la formación de los juristas alemanes, de reconocida fama internacional. Esta misma posición es la predominante en la discusión plenaria (*Podiumsdiskussion*) que sigue a ambas ponencias, donde los participantes se muestran muy escépticos respecto a tales reformas y, en especial, respecto al «proceso de Bolonia» en el ámbito jurídico, admitiéndose sólo una aplicación con fuertes modificaciones que no pongan en cuestión el sistema tradicional alemán de formación de juristas «integrales» (*Volljuristen*, es decir, con una formación polivalente válida para el desempeño de cualesquiera profesiones jurídicas sin necesidad de un complemento formativo posterior al examen de estado) y se apela para ello a los políticos para que actúen responsablemente. Como destaca el profesor Müller-Graff en su contundente exposición final (complementaria de la *Podiumsdiskussion*), la introducción del modelo de «Bolonia» en Alemania sería irresponsable, puesto que supondría

⁶ Vid. también a este respecto Bermejo Castrillo, *op. cit.*, pp. 272-275.

cambiar un sistema cuya eficacia ha sido contrastada internacionalmente por otro de resultados inciertos y discutibles: el tipo de profesional en el que está pensando el «modelo boloñés» no es el del *Volljurist* de la tradición alemana, sino uno bien distinto, orientado al mercado, para el que puede bastar una educación universitaria de tres años, y no puede privarse a la Universidad alemana de la posibilidad de seguir formando tales juristas integrales como ha venido haciéndolo hasta ahora con un éxito reconocido. Ideas similares pueden encontrarse en las palabras del tercer editor del libro (Christian Baldus), con las que concluye el volumen: en diez puntos sintetiza el profesor de Heidelberg las posiciones críticas respecto al «proceso de Bolonia» en general, y a su aplicación al ámbito jurídico alemán en particular⁷; a su juicio, el tipo de educación jurídica que se deriva de la aplicación de las directrices de la Declaración de Bolonia –al menos tal como se desprende de la experiencia en otros países y en otras ramas del saber universitario– no permite seguir formando juristas con capacidad tanto para resolver problemas prácticos con arreglo al ordenamiento jurídico positivo como para analizar crítica, creativa y científicamente el derecho vigente (la orientación hacia el Problema y la orientación hacia el Texto, los signos distintivos del jurista occidental ya desde la Roma clásica)– o, al menos, no hay ninguna prueba de que vaya a hacerlo mejor que el sistema actual (léase, en Alemania). Y si bien es consciente de que el sistema alemán basado en el *Staatsexam* presenta algunos problemas y disfunciones, también ostenta ventajas que no pueden soslayarse, y que se perderían con la introducción del nuevo sistema. El definitivamente, podríamos decir (en metáfora que el autor no usa, pero que resume su pensamiento), que con la aplicación del «sistema de Bolonia» en Alemania se corre el riesgo de tirar por el desagüe al niño junto con el agua de la bañera. El autor apela, gráficamente, a impedir que, con el pretexto de la «adaptación a Europa» (del todo falso, como claramente se demuestra a lo largo de las páginas de este libro), se abra paso entre los universitarios el jurista «papagayo» sin densidad intelectual, en exclusivo beneficio de los «buitres» de las agencias de evaluación y los ejecutivos de la mercadotecnia.

Como comentario final sólo resta decir que esta obra llega, lamentablemente, muy tarde a nuestro país, en el cual hace ya varios años que debiera haberse realizado un debate de este tipo. Pero si su lectura ya no podrá evitar las consecuencias de una adopción irreflexiva de un modelo educativo sumamente discutible, no obstante, al menos, podrá sembrar algunas semillas de sano escepticismo que puedan fructificar en la próxima reforma que, inevitablemente, como las experiencias hasta ahora acaecidas demuestran, habrá de llegar dentro de no demasiado tiempo.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

⁷ Vid. asimismo su artículo «Calidad: ¿para qué, para quién? Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia», publicado en el número 4 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, antes citado.

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

Mercado interior: Cuadro de indicadores sobre el nivel de transposición de las directivas. Resolución del Parlamento.

El Cuadro de indicadores del mercado interior examina con qué rapidez y adecuación cada uno de los Estados miembros transpone al Derecho nacional las directivas sobre el mercado único y también pone de manifiesto el número de procedimientos de infracción en curso contra los Estados miembros. Recientemente se ha registrado una mejora significativa a ese nivel. En el último informe, de 16 de julio de 2009, España disminuye en un 16% los procedimientos de infracción; pero, precedida por Italia y Polonia, y junto con Francia (ligeramente peor), es uno de los países que acusa un mayor déficit a la hora de transponer correctamente las directivas. *Vid.* http://ec.europa.eu/internal_market/score/docs/score19_en.pdf.

La reacción del Parlamento europeo no se ha hecho esperar. *Vid.* el recientemente publicado (el 27 de octubre de 2009) Proyecto de Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (Ponente: Róża Thun Und Hohenstein), *sobre el Cuadro de indicadores del mercado interior* (2009/2141(INI); PR\794429ES.doc; PE430.299v02- 00), elaborado sobre la base de esas conclusiones y de la recomendación aprobada por la Comisión el 29 de junio de 2009, sobre medidas para mejorar el funcionamiento del mercado único.

Según el citado informe, el mercado interior debe funcionar eficazmente para crear un entorno económico estable e innovador en el que los consumidores se sientan libres de gastar y las empresas, de crear nuevos empleos. Consta, sin embargo, que todavía queda mucho por hacer para asegurar que el mercado interior alcance su pleno potencial. Se lamenta, pues, de que las reglas comunitarias no siempre estén correctamente transpuestas, aplicadas y ejecutadas. Se subraya que los Estados miembros deben comprometerse a ejecutar todas las medidas propuestas y no elegir únicamente las que más les convengan. Una idea mencionada por la Comisión, que la ponente apoya particularmente, es la participación de los Parlamentos nacionales en las negociaciones y el proceso de transposición de la nueva legislación sobre el mercado interior. La ponente desearía ampliar esta idea pidiendo a la Comisión que organice un Foro del Mercado Interior anual que reúna a representantes de las instituciones europeas y de los Estados miembros y a otras partes interesadas para establecer un compromiso más claro con respecto a la transposición, la aplicación y la ejecución de la legislación sobre el mercado interior.

* Profesora titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona.

Además, la ponente considera importante que el Cuadro de indicadores del mercado interior (semestral) y el Cuadro de indicadores de los mercados de consumo (anual) se publiquen al mismo tiempo, para disponer de una mejor imagen global del desarrollo del mercado interior.

1. Transposición: El Cuadro de indicadores del mercado interior de julio de 2009 revela que por tercera vez consecutiva el déficit medio de transposición de la UE fue del 1 %, conforme al objetivo establecido por el Consejo Europeo. La ponente observa, sin embargo, que nueve Estados miembros no han podido cumplir este objetivo del 1 %. La ponente expresa también su preocupación por el hecho de que el número de directivas que han experimentado retrasos en su transposición sigue siendo demasiado elevado. En el caso de 22 directivas, el plazo para la transposición ha expirado hace ya más de dos años. Además el 6 % de las directivas no se han transpuesto en todos los Estados miembros, lo que se traduce en 100 directivas sobre el mercado interior que no surten todo su efecto en la UE en su conjunto. La ponente pide a los Estados miembros y a la Comisión que colaboren para reducir urgentemente esta cifra, empezando por las 22 directivas cuya transposición está pendiente desde hace dos o más años.

La ponente explica que, en su Resolución de 2008 sobre el Cuadro de indicadores del mercado interior, el Parlamento pidió una información más detallada sobre las directivas que no se han transpuesto, puesto que todas las directivas tienen el mismo peso en las estadísticas. Siguiendo esta idea, la ponente desearía que la Comisión proporcionara una información más detallada en su sitio Internet sobre las directivas que todavía no se han aplicado en los distintos Estados miembros, considerando que puede ser de utilidad para aumentar la sensibilización del público en general y para generar una presión social, también por parte de diputados al Parlamento Europeo sobre diputados de los Parlamentos nacionales. Pero para que la Comisión pueda comprobar adecuadamente la calidad de la transposición es necesario que los Estados miembros le faciliten tablas de correlación que detallen las medidas nacionales adoptadas para transponer las directivas. La ponente insta a los Estados miembros a satisfacer esa solicitud.

2. Aplicación: Se constata que, una vez han sido transpuestas, los Estados miembros prestan menos atención a la correcta aplicación de las directivas. Intentan evitar los procedimientos de infracción haciendo los mínimos esfuerzos. En cualquier caso, el número de procedimientos de infracción sigue siendo demasiado elevado, estando varios Estados miembros bien por encima de la media de la UE, que es de 47 casos.

Para lograr una mejor aplicación de las reglas del mercado único, los Estados miembros deben reforzar la cooperación eficaz entre las autoridades nacionales, regionales y locales que participan en la aplicación de las reglas del mercado interior asegurando y consolidando la función del mercado interior en sus administraciones nacionales. La ponente también desearía subrayar la necesidad de una mayor formación y de más intercambios transfronterizos para los funcionarios y los jueces. En julio de 2008, el Parlamento ya aprobó un informe sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo que subrayaba la necesidad de que todos niveles del sistema judicial estuvieran formados en Derecho comunitario y tuvieran acceso a información actualizada en su lengua materna, además de realizar esfuerzos para mejorar sus conocimientos lingüísticos. Es conveniente, según la ponente, subrayar la importancia de esa resolución en el ámbito del mercado interior. Añade que los Estados miembros tienen que hacer reales esfuerzos

para asegurar que las redes transfronterizas de sistemas electrónicos de información establecidas por la Comisión, en particular, el Sistema de información del mercado interior (IMI), el Sistema de alerta rápida para los productos peligrosos no alimenticios (RAPEX), el Sistema de alerta rápida para alimentos y piensos (RASFF) o el Sistema de cooperación de protección de los consumidores (CPC-S), sean operativas tomando las medidas necesarias, incluida la asignación de recursos. El IMI permite que las autoridades administrativas identifiquen las autoridades competentes en otros Estados miembros y les dirijan solicitudes simplificadas gracias a unas preguntas y respuestas estándar pretraducidas. El IMI apoya la cooperación administrativa conforme a la Directiva relativa a las cualificaciones profesionales (2005/36/CE) y a la Directiva relativa a los servicios (2006/123/CE). El RAPEX y el RASFF permiten un intercambio rápido de información entre las autoridades nacionales sobre los productos peligrosos (u otros hechos que implican riesgos). El CPC-S es un sistema que apoya la cooperación entre los poderes públicos en la aplicación transfronteriza de la legislación de protección de los consumidores con arreglo a unas competencias armonizadas en materia de investigación y ejecución.

3. Ejecución: La ponente opina que los Estados miembros deben intensificar sus esfuerzos para proporcionar información a los ciudadanos y a las empresas sobre sus derechos en el mercado interior, permitiéndoles así ejercer en la práctica esos derechos. La ponente apoya particularmente el proyecto relativo a los servicios de asistencia sobre el mercado único (SMAS) que pretende facilitar el acceso a los distintos servicios existentes de información, asesoramiento y asistencia a la resolución de problemas y modernizarlos. Además, los Estados miembros deben, con el apoyo de la Comisión, mejorar la capacidad de esos mecanismos de resolución de problemas, en especial SOLVIT. La ponente pide a los Estados miembros que refuercen en mayor medida las redes de centros SOLVIT asignando recursos financieros y humanos adicionales.

PREGUNTAS PARLAMENTARIAS

PREGUNTA ORAL CON DEBATE de conformidad con el artículo 115 del Reglamento de Eva-Britt Svensson, en nombre de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género al Consejo. 1 de octubre de 2009. Núm. O-0094/09. Asunto: Medidas de la UE para respaldar la igualdad de género conciliando los derechos y las responsabilidades laborales y familiares.

El 3 de octubre de 2008, la Comisión presentó dos propuestas legislativas para mejorar la conciliación de la vida laboral, familiar y privada, tanto en lo que se refiere al permiso por maternidad como a la situación de las mujeres que ejercen una actividad autónoma y de los cónyuges colaboradores. Junto a este «paquete de conciliación, se presentó un informe de evaluación sobre la oferta de centros de atención infantil en la Unión Europea y una comunicación política en la que la Comisión anunciaba que se tomarían las medidas necesarias para conferir valor jurídico al acuerdo logrado por los interlocutores sociales sobre el permiso parental mediante una propuesta de directiva.

En junio de 2009, los interlocutores sociales alcanzaron un acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, que ahora debería adoptar oficialmente el Consejo a finales de noviembre.

Asimismo, en su Programa de Trabajo para 2009, la Comisión Europea también anunciaba que elaboraría una propuesta de directiva relativa a los permisos por paternidad, adopción y filiales. Al final dicha propuesta no ha prosperado, por lo que no se presentará en 2009.

¿Cómo valora el Consejo la posible nueva legislación europea sobre el permiso de paternidad, de adopción y filial?

¿Qué opina el Consejo sobre el actual debate en torno a las dos propuestas de directiva de la Comisión sobre las «mujeres que ejercen una actividad autónoma» y el «permiso de maternidad»?

PREGUNTA ORAL para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de octubre de 2009 de conformidad con el artículo 116 del Reglamento de Cecilia Wikström a la Comisión. 2 de octubre de 2009. H-0333/09. Asunto: Asistencia personal para personas con discapacidad.

Es necesario respetar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y acabar con la discriminación de esas personas. Esta es la idea que quiso destacar la «Freedom Drive» organizada por ENIL (Red Europea de Vida Independiente) durante el periodo parcial de sesiones en Estrasburgo de septiembre de 2009. Los organizadores entregaron una lista con reivindicaciones al Parlamento Europeo, entre las que figura la exigencia de que la asistencia personal se considere como un derecho del hombre y una condición para que las personas con discapacidad puedan vivir como los demás en sociedad. El plan de acción de la UE en el ámbito de la discapacidad para 2008-2009 contempla que la asistencia personal debe facilitarse en el marco del empleo con apoyo y en diversos espacios públicos. A escala nacional, se está constatando un despliegue de esfuerzos por favorecer una vida independiente a través de servicios de asistencia locales. ¿Tiene previsto la Comisión plantear en su plan de acción para los próximos años la cuestión de la asistencia personal, con el fin de generalizar la asistencia personal a todos los aspectos de la vida de la persona, como actividades de ocio y relaciones sociales, en casa y en la vida diaria, a escala europea, para contribuir a que dicha asistencia se convierta en un supuesto indiscutible para todas las personas con discapacidad en Europa?

6 de octubre de 2009. Asunto: Disparidades en los derechos del consumidor. Núm. H-0366/09.

Habida cuenta de que, a menudo, los electores acuden a sus diputados al Parlamento Europeo con problemas relativos a sus derechos como consumidores cuando residen o viajan a otro Estado miembro, ¿qué medidas está llevando a cabo la Comisión para fomentar el conocimiento y la comprensión de los derechos del consumidor, que varían de un Estado miembro de la Unión Europea a otro?

Vida jurídica. Reseña de congresos y seminarios en materia de Derecho Privado Europeo

XX Coloquio bienal de la Asociación Italiana de Derecho Comparado (AIDC): *Nuovi temi e tecniche della comparazione giuridica* (Urbino: 18-20 junio 2009).

En su 20.º aniversario, la *Associazione Italiana di Diritto Comparato* ha aprovechado la ocasión para reflexionar sobre los «sistemas jurídicos» y las «áreas» del Derecho comparado.

El malestar del comparatista-docente es palpable, la quiebra que se está produciendo entre *enseñanza* del derecho comparado e *investigación científica* es cada vez mayor. Se trata, pues, de volver a plantear el texto y el contexto de la enseñanza de la materia «*Sistemi giuridici comparati*», cuyo estudio fue implantado obligatoriamente en todas las Facultades italianas a partir de mediados de los años 90. Es la enseñanza, sobre todo, la que parece acusar más los límites de la comparación. Y ello por varias razones: porque los estudiantes no cuentan con un sólido *background* (histórico, filosófico, de lengua latina y por lo menos de un par de lenguas extranjeras); porque no se dedican demasiadas horas a una enseñanza que pretende ser analítica (pocos meses de cursos no pueden conducir sino a una mera «iniciación»); por el tan discutido valor práctico del Derecho comparado; por la enseñanza grotesca del estilo de los diversos sistemas jurídicos mediante el estudio del *case law* fuera de todo contexto. A pesar de las críticas de eurocentrismo y estatalidad de la clasificación realizada sobre una base geográfica, el análisis de René David todavía no ha sido superado y sobre el mismo se continúan basando, fundamentalmente, los manuales al uso en Italia y también en otros países.

Pero domina el escepticismo de los profesores frente a la voluntad real de cambio. Desde luego, no falta quien propone el recurso al método cuantitativo, a la estadística y a la informática, para medir y valorar los efectos de los trasplantes jurídicos y la capacidad de persuasión de las normas (Ajani). O quien considera que sería conveniente partir de la lingüística comparada (Visconti) o la historia comparada (Gambaro). Y aun hay quien asume que el Derecho comparado amaga un proyecto de *governance* (Marini) y afirma que las técnicas narrativas (por ejemplo, las que se basan en el reconocimiento de las «tradiciones jurídicas») de las que se sirve, tienen consecuencias en el plano social y económico (una dinámica de los trasplantes que va desde el «centro» a la «periferia», de los EEUU a América del Sur, por ejemplo). Con todo, las propuestas no convencieron totalmente a la audiencia. La impresión es que los tiempos no están todavía maduros para replantear las categorías o lo que deba ser objeto de los «*sistemi giuridici*». O quizás, simplemente, lo que ocurre es que se está en una fase en la que cada uno es libre de descubrir un nuevo y propio camino, con el auxilio de la interdisciplinariedad, pero sin olvidar los fundamentos metodológicos de las «*tesis de Trento*» (enunciadas por primera vez en 1987 y renovadas en el año 2001, disponibles en la

siguiente dirección de internet: http://www.jus.unitn.it/DSG/convegni/tesi_tn/le_tesi.htm).

No hubo conclusiones con soluciones unívocas y compartidas. El mensaje último fue que el Derecho, a diferencia de la literatura o del arte –que son disciplinas con las que comparte técnicas expresivas y estrategias argumentativas–, distribuye poder y recursos, crea la identidad de los sujetos y, por tanto, es un «instrumento» que debe manejarse con cuidado.

Barbara PASA
Università degli Studi di Torino

BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

MARAVÉR GÓMEZ, Mario*: *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho civil y en Derecho penal. A propósito del libro de Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables, Granada, 2008*

A raíz de la reciente jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que ha empezado a utilizar la *teoría de la imputación objetiva* para determinar el alcance de la responsabilidad civil, García-Ripoll Montijano ha publicado una monografía sobre esta teoría, exponiendo el desarrollo que ha tenido en el Derecho penal y valorando críticamente su posible aplicación en el ámbito del Derecho civil.

La lectura detenida de esta monografía pone de manifiesto, sin embargo, que la crítica que se hace a la utilización de la teoría de la imputación objetiva en materia de responsabilidad civil no viene motivada tanto por las particularidades que presenta esta clase de responsabilidad en comparación con la responsabilidad penal, como por el rechazo que el autor muestra a la teoría de la imputación objetiva en su conjunto, de la que pone en duda su fundamentación teórica y su coherencia sistemática.

En lo que sigue, se someterá a examen la exposición y crítica que García-Ripoll realiza de la teoría de la imputación objetiva, con objeto de contribuir al debate ofreciendo una interpretación distinta de dicha teoría; una interpretación que no sólo resulta más acorde con la que mantiene la mayor parte de la doctrina penalista, sino que, además, puede resultar especialmente útil por estar más abierta a la incorporación de consideraciones normativas de los diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

La teoría de la imputación objetiva, desarrollada fundamentalmente en el ámbito del Derecho penal, se caracteriza por intentar ofrecer un instrumento dogmático –sustitutivo o complementario de la causalidad– con el que establecer la relación entre un determinado *resultado* y la *conducta* de la persona a la que pretende hacerse responsable de ese resultado. Es una teoría sobre la *imputación* porque trata de averiguar si el resultado producido puede verse como obra de la persona y no como fruto del azar o de la casualidad. Es una teoría sobre la imputación *objetiva* porque procura no tener en cuenta la voluntad del agente y operar de igual modo con independencia del carácter doloso o imprudente de su conducta. Con el tiempo, esta teoría ha ido configurando, de manera más o menos sistemática, toda una serie de principios o criterios de imputación tendentes a analizar la gran variedad de supuestos en

* Profesor Ayudante Doctor. Área de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid.

los que la relación causal entre la acción y el resultado no parece ser razón suficiente para plantear la responsabilidad del sujeto: desde los casos de cursos causales anómalos en los que la producción del resultado aparece como algo improbable, hasta los casos en los que existen importantes factores causales concomitantes (procedentes incluso de la actuación de terceras personas o de la propia víctima), pasando por los supuestos en los que la conducta desencadenante del resultado se encuentra generalmente aceptada por el ordenamiento jurídico. Actualmente, esta teoría de la imputación objetiva, con sus principales criterios de imputación, es reconocida mayoritariamente por la doctrina penal española, así como por la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que la viene aplicando de forma constante desde principios de los años ochenta. Son abundantes los trabajos doctrinales y las sentencias que han ido desarrollando la estructura y el contenido de esta teoría, poniendo de manifiesto su importancia a la hora de determinar la responsabilidad de un sujeto en aquellos supuestos en los que la norma define la conducta prohibida tomando como referencia, fundamentalmente, la producción de un resultado desaprobado¹.

I

Como indica García-Ripoll (pp. 1 y ss.), la exposición de los *orígenes* de la teoría de la imputación objetiva suele realizarse partiendo de la obra de Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (1927). Ello es así por dos razones: en primer lugar, porque, retomando el concepto de imputación de Hegel, Larenz insiste en la idea de que para afirmar que un resultado es obra de una persona no basta con constatar, en su caso, una *relación causal* con la acción de esa persona, sino que es necesario establecer una *relación teleológica* con su libre voluntad; en segundo lugar, y sobre todo, porque, a diferencia de Hegel, Larenz considera que la relación con la voluntad no es una relación subjetiva que sólo pueda establecerse con lo que el sujeto se ha representado, sino que es una relación objetiva que se establece igualmente con lo que el sujeto podía haberse representado, pues la «posibilidad de previsión», según Larenz, también es expresión de la libre voluntad. De este modo, se da paso a un nuevo concepto de imputación (objetiva) que permite considerar obra de la persona no sólo los hechos dolosos, sino también los imprudentes (pp. 2-4). Éste es el concepto de imputación objetiva que, posteriormente, gracias a las aportaciones de autores como Honig, fue desarrollando la doctrina penal alemana hasta llegar a la importante reformulación de Roxin en la década de los sesenta, que dio lugar a la llamada *moderna* teoría de la imputación objetiva, caracterizada por analizar la relación entre la acción y el resultado desde un punto de vista ya no sólo lógico (causalidad) y teleológico (imputación/posibilidad de previsión), sino también *normativo*. Se llega poco a poco a la convicción de que, jurídicamente, la relación entre la conducta y el resultado sólo es relevante para identificar la conducta prohibida (penalmente típica) y plantear así la posible responsabilidad del autor. Desde esta convicción se considera que el hecho de que la conducta cause el resultado de manera *previsible* puede servir para

¹ Para una exposición más detallada de la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva adoptada en este trabajo, cfr. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Navarra, 2009, pp. 315 y ss.

definir esa conducta como *adecuada* o *peligrosa*, pero no es suficiente para identificarla como una conducta típica. Se indica, en este sentido, que es necesario que la relación entre la conducta y el resultado se encuentre jurídicamente desvalorada a partir de la interpretación de la norma que castiga la producción del resultado. Esta idea es la que destacó Gimbernat Ordeig al exponer su teoría de la *reprochabilidad* o *reprobabilidad objetiva* y es también la que desarrolló Roxin para vincular la *moderna teoría de la imputación objetiva* con la creación de un *peligro* o de un *riesgo jurídicamente desaprobado*. A finales de los años setenta y principios de los años ochenta, la doctrina penal, tanto en Alemania como en España, empieza a manifestar que, en aquellos delitos consistentes en la producción de un resultado lesivo, la parte objetiva del tipo sólo se cumple cuando, más allá de la posible relación de causalidad, el resultado es objetivamente imputable a la conducta del autor, lo que exige que se haya *creado un riesgo jurídicamente desaprobado* y que ese riesgo se haya *realizado en el resultado lesivo* (pp. 5-13). La estructura del juicio de imputación objetiva se va configurando así en torno a dos pilares: 1) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido y 2) la realización de ese riesgo en el resultado; dos pilares a los que Roxin añade un tercero para valorar si, a pesar de todo, la conducta puede quedar fuera del *alcance del tipo* (como en los casos de participación en una autopuesta en peligro), pero cuya independencia, como advierte García-Ripoll, es rechazada por la mayor parte de la doctrina, por entender que los criterios manejados por Roxin en este tercer pilar pueden y deben ser incluidos en los dos primeros (p. 24).

Después de exponer los orígenes, la naturaleza y la estructura general de la teoría de la imputación objetiva, García-Ripoll realiza algunas consideraciones personales sobre lo objetivo y lo subjetivo de la imputación y de la responsabilidad civil. Empieza explicando que la diferencia entre lo objetivo y lo subjetivo tiene un significado distinto según se refiera a la *imputación* o a la *responsabilidad*; así, mientras que la imputación subjetiva generalmente se vincula con el dolo o la imprudencia, la responsabilidad subjetiva se refiere simplemente a la responsabilidad que presupone la infracción de una norma de comportamiento —dirigida a la protección de un bien jurídico— (p. 51). A partir de ahí, formula una de sus principales críticas a la teoría de la imputación objetiva, cuestionando la tradicional distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. Por una parte, señala que la *imprudencia* o *negligencia* no puede entenderse como algo subjetivo porque no hace referencia tanto a un estado mental como a la *infracción de una norma de conducta*, es decir, a la realización de una conducta incorrecta que no cumple con un mínimo cuidado exigido (pp. 52-53). Por otra parte —y ésta es su crítica más objetable—, considera que tampoco el *dolo* puede verse como algo puramente subjetivo o como algo que deba ser analizado solamente en un juicio de imputación subjetiva posterior al juicio sobre la imputación objetiva del resultado. Rechaza, en este sentido, la tesis de un importante sector de la doctrina civil, encabezado por Díez-Picazo, que considera que en materia de responsabilidad civil la «culpa» comprende todas las formas de culpabilidad y que, a diferencia de lo que sucede en Derecho penal, una vez comprobada la infracción que ha causado el daño, no es necesario entrar a analizar si el sujeto actuó con dolo, pues la indemnización solamente tiene en cuenta la magnitud del daño producido. Para García-Ripoll, esto no es correcto porque el dolo también es un objeto de la valoración que puede servir para definir la norma de conducta. En ocasiones, sostiene, para saber si un sujeto ha actuado o no correctamente

—o para saber si se le puede hacer o no responsable por la producción de un determinado resultado—, es necesario analizar si actuó con dolo. Desde este punto de vista, considera que la teoría de la imputación objetiva no es realmente *objetiva* porque necesariamente tiene que entrar a analizar cuál ha sido la *representación del autor*. A su juicio, conductas que, en principio, son correctas pueden dejar de serlo en función de la voluntad o del conocimiento del autor (pp. 51-58 y 85).

En gran medida, esta crítica que realiza García-Ripoll a la teoría de la imputación objetiva coincide, como él mismo reconoce, con la que tradicionalmente se ha venido realizando desde los planteamientos subjetivistas propios de la teoría *finalista*; una teoría según la cual la valoración de la acción requiere en todo caso la valoración de su parte subjetiva, es decir, de la finalidad o representación del autor. La objeción que puede y debe hacerse a esta crítica, así como, por extensión, a la crítica de García-Ripoll, es que si se reconoce que el dolo puede determinar por sí solo el carácter desaprobado de la conducta se atenta contra el principio de *lesividad*, pues ello significaría que el desvalor de la conducta no obedece a un riesgo real sobre aquello que desea protegerse, sino a un riesgo pretendido por el autor. Si es la finalidad del autor la que hace que la conducta —o el riesgo que implica la conducta— deje de encontrarse dentro de lo permitido, lo que se valora es sólo el aspecto interno de la voluntad o de la interpretación del autor. Ésta es, en síntesis, la objeción que hace la doctrina penal mayoritaria a las tesis finalistas. El que el sujeto pretenda o se represente la producción del resultado sólo puede ser relevante una vez que la conducta sea considerada objetivamente peligrosa u objetivamente desvalorada. Puede ocurrir que la sanción se reserve para los casos en los que se ha actuado con dolo o que, en general, las consecuencias sean distintas en función de si se ha actuado o no con dolo, pero la valoración que sirve para determinar la norma de conducta y averiguar si se ha actuado o no correctamente no puede depender de la finalidad o voluntad del autor. Quien cumpliendo la norma correspondiente realiza una conducta lesiva (vendiendo tabaco o golpeando fuertemente al contrincante en un deporte de lucha, por ejemplo) no deja de actuar de manera correcta por el hecho de pretender o desear la lesión. En los ejemplos utilizados por García-Ripoll, como el de quien instala una chimenea falsa con intención de molestar al vecino, lo decisivo ha de ser el *significado objetivo* de la conducta y no la mera voluntad del autor. En otros ejemplos, como el del conductor que circula respetando el límite de velocidad y atropella voluntariamente a quien cruza incorrectamente la calzada, lo que sucede no es que la voluntad del sujeto cambie la valoración de la conducta, sino que el *contexto objetivo* es distinto, porque hay un peatón en medio de la calzada y la norma obliga a parar cuando hay un riesgo para un peatón. En abstracto, la norma de conducta permite circular a una determinada velocidad, pero en el caso concreto, ante las nuevas circunstancias conocidas por el sujeto, la norma que entra en consideración es la norma que obliga a detener la marcha ante el riesgo de atropello. Es cierto que, en este último caso, al igual que en el supuesto de quien envía otro a montar en un avión en el que sabe que hay una bomba, lo determinante es el *conocimiento* del sujeto, pero ese conocimiento no puede identificarse directamente con el *dolo*. Desde luego, el mayor conocimiento puede ir aparejado a una mayor representación del riesgo o a una finalidad lesiva, pero no necesariamente ha de ser así. Aunque no siempre resulte fácil, es necesario diferenciar, dentro del conocimiento del autor, entre el conocimiento *ontológico* y el conocimiento *nomológico*, o, mejor, entre el conocimiento sobre lo

que está sucediendo y el conocimiento sobre el significado o la relevancia que puede tener lo que está sucediendo. El conocimiento que interesa en este primer momento de análisis es el que sirve para precisar o delimitar el contexto en el que es valorada la conducta. Se trata, ciertamente, de un elemento *subjetivo* que resulta necesario para realizar el juicio de imputación *objetiva*, pero además de que ello es algo generalmente reconocido entre quienes defienden la teoría de la imputación objetiva (así como entre quienes utilizaban en su día la teoría de la adecuación), no es obstáculo para seguir diferenciando entre una *imputación objetiva* destinada a desvalorar la conducta y reconocer la responsabilidad por la producción de un resultado y una *imputación subjetiva* destinada a determinar el carácter doloso o meramente negligente de la conducta del autor con respecto a la producción de ese resultado. Desde este punto de vista, no habría problema en afirmar que en materia de responsabilidad civil, es necesario realizar un juicio de imputación objetiva –basado en la infracción de un deber de cuidado o en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado–, pero no un juicio de imputación subjetiva –relativo al carácter doloso o imprudente de la infracción del deber de cuidado–.

II

En la *segunda parte* del libro, García-Ripoll afronta el estudio de los diferentes criterios integrantes de la teoría de la imputación objetiva.

En primer lugar, analiza los criterios relativos a la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido*, entre los que se incluyen, principalmente, el criterio de la disminución del riesgo, el de la falta de creación de un riesgo y el del riesgo permitido. Conforme al primero de estos criterios se considera que no se crea un riesgo cuando se *disminuye un riesgo ya existente*, como cuando se desvía el golpe dirigido a la cabeza de una persona para que alcance otra parte del cuerpo menos lesiva o como cuando se arroja por la ventana a un niño para evitar que muera en un incendio. Coincidiendo con buena parte de la doctrina, García-Ripoll se muestra crítico con este criterio por entender que en estos casos es clara la imputación y que, en realidad, lo que se plantea es un problema de justificación que puede resolverse fácilmente acudiendo al *estado de necesidad*. Ello, además, con independencia de que el riesgo creado sea de naturaleza semejante o diferente a la del riesgo que se ha querido evitar (pp. 25 y 59-60). El segundo criterio, el de la *falta de creación de un riesgo*, pretende excluir la imputación cuando el riesgo generado por la conducta es apenas apreciable, como en los famosos ejemplos en los que se invita a alguien a realizar una actividad que entraña un pequeño riesgo (ir al bosque en plena tormenta, montar en avión, hacer una excursión a la montaña, etc.). Explica García-Ripoll, no obstante, que no se trata propiamente de una falta de creación de riesgo, sino de un riesgo realmente existente que, por razón de su poca significancia, es social y jurídicamente aceptado (pp. 25-26 y 61-63). El tercer criterio es el del *riesgo permitido*, con el que se pretende excluir la imputación en aquellos casos en los que la conducta es peligrosa pero, sin embargo, resulta plenamente aceptada. El ejemplo más frecuente es el de la conducción de vehículos a motor bajo el cumplimiento de las normas de circulación (pp. 29 y 82).

Finalmente, dentro de este primer nivel de imputación objetiva relativo a la creación del riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido, García-Ripoll realiza algunas observaciones sobre las cuestiones que plantean en este contexto

los llamados *curso causales hipotéticos*, advirtiendo de la necesidad de tratar este tema de manera distinta en los ámbitos penal y civil. En el ámbito penal la doctrina suele negar la relevancia de los cursos causales hipotéticos explicando que el hecho de que el bien amenazado pueda ser hipotéticamente lesionado por un curso sustitutivo o alternativo no debe impedir desvalorar el riesgo creado. Así, por ejemplo, quien crea un riesgo para la vida de una persona que padece una enfermedad terminal no deja de crear un riesgo jurídicamente desaprobado a pesar de que, ya desde un punto de vista *ex ante*, pueda afirmarse que iba a producirse el resultado de muerte y que, por tanto, el bien jurídico estaba prácticamente perdido. Considera García-Ripoll, sin embargo, que no hay razón para negar automáticamente la importancia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal, pues hay casos en los que el razonamiento hipotético es claramente necesario para la valoración (como sucede, por ejemplo, en el caso de las conductas omisivas). A su juicio, se trata más bien de comprender que en Derecho penal la importancia de estos cursos hipotéticos puede ser menor porque la protección que se dispensa al bien jurídico pretende ser absoluta. En todo caso, sostiene García-Ripoll, son reflexiones que afectan a la responsabilidad penal y que no pueden ser trasladadas sin más al Derecho civil, donde no sólo hay diferentes instituciones en las que se reconoce abiertamente la importancia de los juicios hipotéticos, sino que además es necesario cuantificar el daño para determinar el alcance de la indemnización. El valor y alcance del daño varía necesariamente en función de los riesgos a los que se encuentra sometido el bien jurídico. Hay que reconocer, en este sentido, que el concepto de *lesión* que se utiliza en Derecho penal no coincide con el concepto de *daño* que se utiliza en Derecho civil, pues la finalidad que se persigue al determinar la responsabilidad es distinta en uno y otro caso (pp. 27-28 y 68-81).

A partir de estas últimas consideraciones sobre la diferencia entre *lesión* y *daño*, García-Ripoll llega a la conclusión de que la teoría de la imputación objetiva no puede ser trasladada automáticamente del ámbito del Derecho penal al ámbito del Derecho civil (p. 81); una conclusión que, en sí misma, no parece objetable, pero que debe ser matizada para poner de manifiesto que la diferencia entre un concepto y otro no afecta tanto a la posibilidad o imposibilidad de manejar la teoría de la imputación objetiva, como a la necesidad de utilizar distintos parámetros o distintos criterios de imputación. Al fin y al cabo, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil es importante valorar jurídicamente la relación existente entre la conducta y el resultado.

Más adelante, repasando la forma en la que la jurisprudencia civil ha empezado a aplicar la teoría de la imputación objetiva, García-Ripoll realiza una nueva crítica, explicando que la mayor parte de los problemas que la jurisprudencia intenta resolver con esta teoría son, en realidad, problemas en los que se plantea si hay o no un comportamiento culposo o negligente. Así, por ejemplo, al comentar una sentencia del Tribunal Supremo en la que se resuelve el caso de un niño pequeño que, habiendo escapado del cuidado de los adultos, cayó en una alberca de las proximidades y murió ahogado, García-Ripoll critica que se acuda a la teoría de la imputación objetiva para negar la responsabilidad del dueño de la alberca, cuando de lo que se trataba, simplemente, era de analizar si existía una conducta ilícita o negligente por su parte. La teoría de la imputación objetiva, según esta crítica, no aporta nada con respecto al análisis del carácter negligente de la conducta, por lo que resulta sorprendente que la jurisprudencia utilice esta teoría para valorar el alcance de la culpa o negligencia (pp. 81-89). Frente a esta crítica conviene destacar que, con independencia de la confusión sistemática –o, cuando

menos, terminológica— que, ciertamente, puede apreciarse en las sentencias que han empezado a aplicar la teoría de la imputación objetiva en el ámbito civil, la teoría de la imputación objetiva —al menos, en la concepción original de Roxin, que es también la concepción mayoritaria— no oculta su propósito de reemplazar el análisis del *deber de cuidado* sobre el que se configura la responsabilidad por imprudencia. Los criterios que se manejan en la teoría de la imputación objetiva para reconocer la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* (previsibilidad, riesgo permitido, delimitación de ámbitos de responsabilidad...) son en gran medida coincidentes con los que históricamente se han venido utilizando para determinar la *infracción del deber objetivo de cuidado*; y lo mismo puede decirse con respecto a los criterios que se centran en la relación de riesgo con el resultado. De ahí la conocida expresión de Kaufmann de que «la teoría de la imputación objetiva tiene sellado en la frente su origen en el delito imprudente». La aportación de esta teoría consistiría, por una parte, en desarrollar los criterios utilizados para analizar el deber objetivo de cuidado y la relación con el resultado lesivo y, por otra parte, en poner de manifiesto la necesidad de realizar este análisis tanto en los delitos imprudentes como en los delitos dolosos, pues el dolo, como se apuntaba antes, no puede ser *por sí mismo* criterio de imputación. Lo que se pretende, en definitiva, es destacar la necesidad de valorar toda conducta desde dos perspectivas diferentes: desde una perspectiva objetiva, para saber si se encuentra desaprobada y si puede vincularse con el resultado lesivo, y desde una perspectiva subjetiva, para determinar si se ha realizado con *dolo* o sólo con *imprudencia*. De acuerdo con este planteamiento, por tanto, el estudio de la imputación objetiva supone también el estudio de la responsabilidad por imprudencia. Si un resultado se imputa objetivamente es porque, al menos, se ha producido con imprudencia. Sólo en un nivel de análisis posterior procedería entrar a analizar si el resultado se produjo con dolo; algo que para buena parte de la doctrina civilista, como se indicaba anteriormente, puede llegar a ser irrelevante en materia de responsabilidad extracontractual.

Después de haber explicado y valorado los diferentes criterios utilizados para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, García-Ripoll aborda el estudio de los criterios vinculados con el segundo nivel de la teoría de la imputación objetiva: la *realización del riesgo en el resultado*. Este segundo nivel se centra propiamente en la imputación del resultado, y en materia civil, como observa García-Ripoll, está llamado a resolver la cuestión de cómo se determinan o delimitan los daños indemnizables que se derivan de un acto ilícito, una cuestión que se ha resuelto tradicionalmente con otros criterios como los ofrecidos por la teoría de la adecuación y la teoría del fin de protección de la norma (en el Derecho alemán y español) o por la teoría de la causa próxima (en el Derecho anglosajón) (pp. 92 y ss.). La teoría de la adecuación tiene un carácter fundamentalmente *psicológico* y se basa en el grado de previsibilidad o de probabilidad con que, de acuerdo con los conocimientos de un espectador objetivo y con los conocimientos del propio agente, un resultado es producido por una determinada conducta, dejando fuera aquellos resultados que se producen de manera especialmente singular o improbable. La teoría del fin de protección de la norma presenta, en cambio, un carácter esencialmente *normativo* y se centra en los intereses protegidos por el contrato (responsabilidad contractual) o por la norma de conducta (responsabilidad extracontractual), dejando fuera aquellos resultados que no quedan cubiertos por esa protección. La forma en que se aplican ambas teorías, advierte García-Ripoll, no siempre es suficientemente clara, ya no sólo

por la confusión que existe acerca de la relación entre ellas, sino también porque suelen acompañarse de reglas concretas para determinados tipos de supuestos, como los relativos a la especial constitución de la víctima, los daños derivados de «schock», la intervención de terceros, la asunción del riesgo por parte del propio dañado o el llamado riesgo general de la vida. Por su parte, la teoría anglosajona de la causa próxima parece combinar de alguna forma los dos planteamientos anteriores: por un lado, intenta dejar fuera aquellos resultados que no han podido ser previstos y, por otro lado, introduce consideraciones relacionadas con los fines del contrato o de la norma de conducta vulnerada. Se trata, en todo caso, de una proximidad *normativa* que poco tiene que ver con la relación espacio-temporal entre acción y resultado. A juicio de García-Ripoll, de todas estas teorías, la que resulta más plausible para establecer la relación entre la conducta y el daño indemnizable es la teoría del fin de protección de la norma, tal y como se entiende también mayoritariamente en el ámbito del Derecho penal a la hora de establecer la relación entre la conducta y el resultado lesivo. Frente al criterio de la adecuación, que se centra exclusivamente en juicios estadísticos y olvida que no es sólo la probabilidad lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la conducta, la teoría del fin de protección de la norma se centra en la idea de que toda responsabilidad civil subjetiva se deriva de una conducta que incumple una determinada norma de actuación. Partiendo de ahí, esta teoría sostiene que sólo puede generar responsabilidad aquello que pretendía evitar la norma infringida, y sólo en tanto que se haya producido de la forma concreta que pretendía evitar esa norma infringida. Se explicaría así, por ejemplo, que no se responsabilice al empleador de los accidentes laborales que sufren sus empleados por el mero hecho de encontrarse éstos trabajando indebidamente en día festivo o que no se responsabilice del resultado de muerte a quien simplemente hiere a una persona que finalmente fallece por producirse un incendio en el hospital en el que es atendida de las heridas iniciales. Ni la norma que prohíbe emplear a los trabajadores en día festivo sirve, en principio, para protegerlos de posibles accidentes laborales, ni la norma que prohíbe lesionar a los terceros sirve, en principio, para evitar las muertes producidas por un incendio (pp. 120-127).

Desde esta perspectiva, García-Ripoll vuelve a criticar la teoría de la imputación objetiva, indicando que, por una parte, estas cuestiones de delimitación del daño indemnizable no son un problema realmente de *imputación* o de relación causal entre acción y resultado, sino un problema de ilicitud de la conducta, y que, por otra parte, en la medida en que pueden depender del conocimiento que tenga el sujeto (por ejemplo, del conocimiento de que en el hospital alguien va a provocar un incendio —en el caso anteriormente expuesto—), no son cuestiones que puedan resolverse con una teoría de la imputación *objetiva* (pp. 129-134). Se trata, nuevamente, de la crítica que con carácter general García-Ripoll realiza a la teoría de la imputación objetiva y que merece las mismas objeciones o matizaciones que se han venido haciendo en párrafos anteriores. Por un lado, conviene indicar que la moderna teoría de la imputación objetiva pretende servir precisamente para determinar si se ha infringido una norma de cuidado (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) y para saber si es precisamente la infracción de la norma de cuidado la que ha determinado la producción del resultado de lesión o daño (realización del riesgo el resultado); utilizándose generalmente para esta segunda cuestión el criterio que ofrece la llamada *teoría del fin de protección de la norma*. El riesgo jurídicamente desaprobado se realiza en el

resultado cuando el desvalor inicial de la conducta se basa en el deseo de evitar un resultado como el que efectivamente se ha producido; es decir, cuando la norma de conducta o los criterios de valoración que se utilizan desde un punto de vista *ex ante* para desvalorar la conducta se proyectan también sobre el curso lesivo tal y como se ha verificado *ex post*. Por otro lado, hay que insistir en que el hecho de que sea necesario tener en cuenta los conocimientos del autor para realizar el juicio de adecuación (tanto sobre un resultado en abstracto, desde una perspectiva *ex ante*, como sobre el resultado concretamente producido, desde una perspectiva *ex post*) no significa que la imputación deje de ser objetiva o que introduzca consideraciones relativas al dolo o la imprudencia más propias de la imputación subjetiva. La conducta se somete a una valoración plenamente objetiva que no se ve condicionada por la finalidad o valoración del autor. El conocimiento del autor sirve únicamente para precisar el contexto en el que se realiza la conducta valorada. Es, en su caso, en la posterior imputación subjetiva donde se valora la representación y voluntad del autor para plantear si el concreto resultado producido se puede imputar a título de dolo o sólo a título de imprudencia.

En contra de lo que sostiene García-Ripoll, el carácter objetivo de la imputación del daño no se ve necesariamente cuestionado por lo establecido en el art. 1107 CC en materia de responsabilidad contractual (pp. 135 y ss.). Si, como parece afirmar García-Ripoll, lo que se deduce de este precepto es que los conocimientos especiales del sujeto condicionan el alcance de la responsabilidad (p. 146), no hay nada que objetar, pues eso es algo que, como se ha venido diciendo, reconocen los propios partidarios de la teoría de la imputación objetiva, sin considerar que ello impida establecer diferencias con el posterior juicio de imputación subjetiva. Si, en cambio, como también parece afirmar GARCÍA-RIPOLL, lo que se deriva de este precepto es que el dolo condiciona el alcance de la responsabilidad y que puede convertir en ilícito algo que sin dolo no lo sería (p. 147), resulta necesario reiterar la crítica anterior, insistiendo en que los conocimientos especiales del sujeto no pueden ser directamente identificados con el dolo. Al fin y al cabo, los conocimientos del sujeto también pueden ser tenidos en cuenta para determinar el carácter meramente imprudente de la conducta. Es cierto, en todo caso, que la redacción del art. 1107 CC puede hacer pensar que el alcance de la responsabilidad es distinto en función de que el incumplimiento contractual se produzca con imprudencia (buena fe) o con dolo, pues mientras que en el primer caso el apartado I limita la responsabilidad a los daños previstos o previsibles en el momento de constituirse la obligación —y que además sean consecuencia directa de su incumplimiento—, en el segundo caso el apartado II extiende la responsabilidad a todos los daños que se deriven del incumplimiento de la obligación. Sin embargo, también cabe pensar que ese diferente tratamiento no obedece a la necesidad de utilizar diferentes criterios de imputación, sino sólo a la necesidad de tomar como referencia dos momentos o dos fundamentos distintos de la responsabilidad por el daño producido: el momento de constituir la obligación en el primer caso y el momento del incumplimiento (doloso) de la obligación en el segundo caso; de tal manera que la delimitación de los daños pueda producirse conforme a los criterios propios de la imputación objetiva (adecuación y fin de protección) en los dos casos, pero situando la conducta fundamentadora de la imputación en dos momentos diferentes. También con respecto al apartado II del art. 1107 CC puede reconocerse, en definitiva, la necesidad de limitar los daños indemnizables mediante criterios de imputación objetiva. Una interpretación distinta podría

suponer que el mero carácter doloso de la conducta diera lugar a una mayor responsabilidad por razones meramente sancionatorias, lo cual es descartado por el propio García-Ripoll (p. 146).

En el siguiente epígrafe del libro, dentro de este mismo capítulo sobre la imputación del resultado y la delimitación de los daños indemnizables, García-Ripoll analiza la compleja cuestión de en qué medida la intervención de terceras personas puede condicionar la imputación del resultado (pp. 148 y ss.). El análisis se centra concretamente en la posibilidad de trasladar al ámbito civil un criterio de imputación tan conocido en el ámbito penal como es el de la *prohibición de regreso*, conforme al cual se pretende limitar la responsabilidad por imprudencia cuando en la producción del resultado lesivo interviene la conducta dolosa de un tercero. A partir de varios supuestos extraídos de la jurisprudencia, García-Ripoll llama la atención sobre la dificultad de encontrar un criterio de solución uniforme para todos los casos en los que se produce la mediación de un tercero, y ello con independencia de que el tercero se comporte dolosa, imprudente o lícitamente. A su juicio, lo que sí puede afirmarse a este respecto es que ni se trata de un problema de interrupción del nexo causal, ni depende simplemente de la previsibilidad del comportamiento del tercero. Lo importante, más bien, es identificar el fin de protección de la norma para saber hasta qué punto es asunto del sujeto evitar la intervención dañosa del tercero. El criterio de la prohibición de regreso manejado por la teoría de la imputación objetiva no aportaría nada a estos efectos porque hay casos en los que el sujeto tiene el deber de controlar la conducta de un tercero y puede llegar a responder, por tanto, por el daño ocasionado por ese tercero, aun cuando lo haya ocasionado de manera dolosa. Es un criterio, en definitiva, que debe ser plenamente rechazado, tal y como ha reconocido la propia doctrina penal (pp. 148-163). Estas afirmaciones ponen de manifiesto la necesidad de adoptar una perspectiva *normativa* para valorar la relación entre la conducta y el resultado; una perspectiva desde la cual se reconozca que, en este tipo de casos, lo importante no es tanto la previsibilidad del comportamiento del tercero o el carácter doloso o imprudente de tal comportamiento, como la relación con el tercero. Como explica García-Ripoll, no se puede valorar de la misma manera la situación de quien no tiene ninguna relación con el tercero y la situación de quien, conforme al art. 1903 CC, por ejemplo, está expresamente obligado a cuidar de lo que haga el tercero (hijo, tutelado, empleado, etc.). Esta idea, no obstante, aunque resulta incompatible ciertamente con el criterio de la prohibición de regreso —en la forma en la que tradicionalmente se ha interpretado—, no se encuentra muy alejada de otros criterios que ha utilizado la doctrina penal en el marco de la teoría de la imputación objetiva (como teoría precisamente destinada a establecer la relación normativa o valorativa entre la conducta y el resultado). Para intentar dar una respuesta a la pregunta de cómo condiciona la imputación la intervención de terceras personas, la doctrina penal ha venido planteando la posibilidad de utilizar un principio general de *autorresponsabilidad* o de *delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad* con el que ofrecer una nueva fundamentación a criterios de imputación como la prohibición de regreso, el principio de confianza o la imputación a la víctima. Se pretende con ello establecer una especie de sistema de regla/excepción según el cual se reconoce que no hay un deber de controlar o evitar la conducta *responsable* del tercero o de la víctima, salvo que excepcionalmente exista algún tipo de vinculación especial y puedan apreciarse deberes *secundarios* de cuidado o deberes de *doble aseguramiento*. Aunque la relación con los terceros deba

valorarse de manera distinta en el ámbito penal y civil, este criterio general con el que se pretende analizar la imputación en casos de intervención de terceras personas puede servir tanto para un ámbito como para otro. Las tesis de García-Ripoll sobre este tema ponen de manifiesto precisamente que, al margen de cuestiones terminológicas, el tratamiento dogmático y sistemático puede ser parecido².

El capítulo dedicado a la imputación del resultado termina con un estudio de los problemas que se plantean en los llamados casos de comportamiento alternativo lícito (pp. 183 y ss.). Con esta denominación se hace referencia a aquellos supuestos en los que se pone en duda la posibilidad de imputar el resultado porque se llega a la conclusión de que tal resultado se habría producido igualmente aunque la conducta del sujeto hubiera sido conforme a derecho. Así, por ejemplo, en el supuesto de un conductor ebrio que provoca un accidente con una maniobra de adelantamiento en una situación en la que se entiende que también se hubiera producido el accidente aun cuando el conductor hubiese circulado plenamente sobrio, o en el supuesto del médico que incumple la *lex artis* en un determinado tratamiento y posteriormente se llega a la convicción de que el resultado lesivo se hubiera producido igualmente aunque el médico hubiese actuado correctamente. Para resolver este tipo de supuestos la doctrina penal ha venido manejando, fundamentalmente, dos teorías diferentes: la *teoría del incremento del riesgo* –ideada por Roxin y tradicionalmente vinculada a la teoría de la imputación objetiva– y la *teoría del fin de protección de la norma*. Según la primera, sólo cabe imputar el resultado cuando el riesgo generado por la conducta incorrecta es mayor del que hipotéticamente se habría producido con una conducta conforme a derecho. La crítica que se le suele hacer a esta teoría es que, además de utilizar juicios hipotéticos en los que se plantean necesariamente problemas de indeterminación y de causalidad concurrente, sólo sirve en realidad para imputar *riesgos*. Es posible que, incluso desde un punto de vista *ex post*, la conducta incorrecta suponga un mayor *riesgo* que la conducta conforme a derecho y que, sin embargo, sean claramente otros factores los que determinan la producción del *resultado lesivo*. Así, por ejemplo, en el caso de un conductor de automóvil que, circulando con exceso de velocidad, atropella a un peatón suicida que se pone repentinamente en medio de la calzada. Aunque su conducta pueda llegar a suponer un mayor riesgo, incluso desde un punto de vista *ex post*, es el comportamiento del peatón lo que determina la producción del resultado (permitiendo con ello poner en duda la imputación del resultado al conductor del automóvil). Por esta razón, García-Ripoll considera que es preferible resolver este tipo de casos mediante la teoría del fin de protección de la norma, que es, precisamente, la que mayor aceptación ha tenido en el ámbito del Derecho civil. En su opinión, lo que hay que hacer en estos casos, como en general en todos los casos de imputación del resultado, es analizar el sentido de la norma vulnerada para saber si el resultado producido es uno de los resultados que la norma pretendía evitar. La teoría del incremento del riesgo y los juicios hipotéticos acerca de si la conducta conforme a derecho hubiera reducido el riesgo de producir el resultado lesivo sólo son relevantes en la medida en que sirven para poner en duda que la norma de conducta pretenda evitar un curso lesivo como el que se ha producido. Se trata, en todo caso, de examinar la norma de

² Sobre los criterios de imputación objetiva fundamentados en el principio de autoresponsabilidad, cfr., con más detalle, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, pp. 362 y ss.

conducta y determinar si el curso lesivo es o no contrario a esa norma. En última instancia, concluye García-Ripoll, todas estas cuestiones que se plantean con los casos de *comportamiento alternativo lícito* no son sino cuestiones que contribuyen a decidir sobre la licitud o ilicitud de la conducta. Se pone así de manifiesto nuevamente que no es necesaria una categoría independiente de imputación objetiva situada entre la causalidad y la ilicitud de la conducta (pp. 192-203).

Aun pudiendo compartirse punto por punto lo señalado por García-Ripoll con respecto a los problemas de la teoría del incremento del riesgo y a la importancia de tener en cuenta también en estos casos el fin de protección de la norma, no debe dejar de hacerse alguna observación sobre la crítica que a partir de tales consideraciones realiza este autor a la teoría de la imputación objetiva. Y es que parece no tener suficientemente en cuenta que en el marco de esta misma teoría de la imputación objetiva un importante sector de la doctrina penal también se ha mostrado partidario de utilizar la teoría del fin de protección de la norma, tanto para resolver los casos de comportamiento alternativo conforme a derecho como para resolver los problemas de imputación del resultado con carácter general. Se parte, en este caso, de una concepción de la imputación objetiva con la que se pretende analizar la relación entre la acción y el resultado desde un punto de vista esencialmente normativo, examinando si, en primer lugar, desde una perspectiva *ex ante*, se ha infringido una norma de cuidado (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) y si, en segundo lugar, desde un punto de vista *ex post*, es precisamente la infracción de esa norma de cuidado la que ha determinado la producción del resultado (realización del riesgo en el resultado). Es una concepción de la imputación objetiva que no sólo pretende complementar o sustituir el estudio de la relación de causalidad, sino que además pretende contribuir abiertamente a determinar el carácter ilícito de la conducta y de su relación con el resultado.

III

En la última parte del trabajo, García-Ripoll resume las diferentes críticas que dirige a la teoría de la imputación objetiva. Estas críticas, como se ha visto, son básicamente dos: la primera se refiere a la posible incoherencia sistemática en la que incurre esta teoría al tomar en consideración aspectos subjetivos de la conducta y la segunda se refiere al confuso solapamiento que se produce entre los criterios de imputación objetiva y los criterios tradicionalmente utilizados para determinar la ilicitud de la conducta y de su relación con el resultado (pp. 205 y ss.).

La primera de estas críticas da la impresión de ser, en ocasiones, una crítica esencialmente terminológica en la que simplemente se cuestiona la posibilidad de denominar «*objetiva*» a una teoría que tiene en cuenta los conocimientos del sujeto. Lo que se discute no es si deben o no tenerse en cuenta los conocimientos del sujeto en el juicio de imputación —algo que reconoce la mayor parte de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva—, sino si en tal caso la imputación puede considerarse objetiva —a lo que sus partidarios responden afirmativamente, explicando que el carácter «*objetivo*» no significa que se valore la parte externa de la conducta, sino que la valoración procede de un sujeto ideal distinto del autor—. Más delicada puede resultar la crítica cuando, como en el caso de García-Ripoll, los conocimientos del suje-

to se quieren identificar directamente con el dolo. En tal caso, sí puede llegar a apreciarse una incoherencia sistemática porque la teoría de la imputación objetiva sostiene que la valoración de la conducta y de su posterior relación con el resultado debe realizarse, en un primer momento, de manera puramente objetiva, sin entrar a analizar el carácter doloso o imprudente de la producción del resultado. Por eso es necesario insistir en que el conocimiento no puede identificarse directamente con el dolo. Nada impide que partiendo de los conocimientos especiales del sujeto se llegue a reconocer una conducta meramente imprudente. Piénsese por ejemplo en el caso de un sujeto que golpea levemente a quien sabe que es hemofílico y a consecuencia de ello le produce la muerte sin haber pretendido o sin haberse siquiera representado seriamente ese resultado mortal. El conocimiento especial del sujeto no sería en este caso motivo suficiente para imputarle la muerte a título de dolo. Por último, la crítica podría plantearse en el sentido de que el dolo –y ya no sólo el conocimiento– condiciona plenamente la valoración; es decir, que en función de la representación o finalidad del autor la conducta puede merecer una valoración distinta. En este caso, el problema es que ello supondría que la norma de conducta que sirve de base para la establecer la responsabilidad vendría determinada por la voluntad del autor y no por una interpretación acerca de lo que el ordenamiento jurídico objetivamente pretende evitar.

Con base en estas consideraciones, puede decirse que no hay razón para no diferenciar entre una primera *imputación objetiva* en la que se tengan en cuenta los concretos conocimientos del sujeto y una posterior *imputación subjetiva* en la que se valore la existencia o inexistencia de dolo, tal y como proponen los principales defensores de la teoría de la imputación objetiva. En materia de responsabilidad civil esto supondría confirmar la tesis mayoritaria de que es suficiente valorar si se ha producido un daño a partir de la infracción de una norma de conducta, sin necesidad de entrar a valorar si ese daño se ha producido con dolo o sólo con imprudencia.

En cuanto a la segunda de las críticas, hay que reconocer que con el paso del tiempo se ha terminado produciendo un cierto solapamiento entre los criterios manejados por la teoría de la imputación objetiva y los criterios tradicionalmente utilizados para determinar el deber de cuidado o para establecer la relación entre la conducta descuidada y el resultado desaprobado. Aunque, originariamente, la teoría de la imputación objetiva surgió como una teoría de carácter *adscriptivo* destinada a establecer la relación entre una conducta y un resultado, desde que a finales de los años sesenta se empezara a destacar el elemento valorativo o normativo del juicio de imputación, esta teoría se ha terminado convirtiendo, efectivamente, en una teoría de carácter *prescriptivo* utilizada para examinar el carácter ilícito de la conducta y de su relación con el resultado. No queda claro, sin embargo, por qué este solapamiento ha de resultar censurable o problemático. Precisamente, la evolución experimentada por la teoría de la imputación objetiva se ha visto motivada en gran medida por la dificultad existente a la hora establecer una relación lógica o teleológica entre la conducta y el resultado sin introducir consideraciones valorativas. No hay razón para que el juicio sobre la relación entre la conducta y el resultado no lleve consigo al mismo tiempo un juicio sobre el carácter ilícito de la conducta y de su relación con el resultado. No se trata de que la teoría de la imputación objetiva adelante consideraciones que luego se reproducen en el estudio del dolo y la imprudencia. Lo que sucede es que los criterios de imputación objetiva pueden coincidir plenamente con los que se han venido manejando para determinar la responsabilidad por imprudencia. Se

puede poner en duda la conveniencia de seguir hablando de «imputación» en un juicio de carácter esencialmente prescriptivo, pero no sería justo dejar de reconocer que los estudios realizados en el marco de la teoría de la imputación objetiva pueden ser sumamente útiles para desarrollar criterios de análisis con los que determinar el alcance de la responsabilidad civil, tal y como sostiene el propio García-Ripoll. Es cierto que el fundamento de la responsabilidad puede ser distinto en los ámbitos penal y civil, y que, en ese sentido, los parámetros utilizados para valorar la ilicitud de la conducta y de su relación con el resultado pueden ser también distintos en uno y otro ámbito; pero desde el punto de vista dogmático no hay motivo para no generalizar los planteamientos propios de la teoría de la imputación objetiva. El primer paso sería reconocer que a la hora de determinar la responsabilidad civil lo importante no es tanto la relación de causalidad o la previsibilidad del resultado como la valoración jurídica del riesgo que objetivamente encierra la conducta y la valoración jurídica de su posterior relación con el resultado. A partir de ahí, el siguiente paso sería sistematizar los criterios de imputación o valoración y ajustarlos a las particularidades propias de la responsabilidad civil.

Las críticas que realiza García-Ripoll a la teoría de la imputación objetiva pueden resultar más o menos acertadas, pero desde luego no parecen ser razón suficiente para dejar de profundizar en el estudio de esta teoría o para dejar de valorar detenidamente en qué medida puede resultar útil en materia de responsabilidad civil. La detallada exposición que hace el propio García-Ripoll de la estructura y el contenido de la teoría de la imputación objetiva pone de manifiesto, precisamente, que más allá de cuestiones terminológicas y sistemáticas, esta teoría ha servido para desarrollar numerosos criterios de imputación o valoración que merecen ser tenidos en cuenta en el análisis de la responsabilidad civil.

Libros

ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS (PAVÍA): *À l'Europe du troisième millénaire*. Homenaje a Giuseppe Gandolfi, Giuffrè, Milán, vols. 1-3, 2004 y vol. 4, 2009, 2463 pp.

Con ocasión del décimo aniversario de la Academia de Pavía, constituida formalmente en 1992, se acordó la publicación de un libro dedicado al Profesor Gandolfi, que, como es bien sabido, no sólo ha animado los trabajos de la Academia, incluso desde antes de su fundación, sino que ha sido ponente y redactor del texto del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, conocido como Código de Pavía o, justamente, como Proyecto Gandolfi. Formada por más de un centenar de juristas europeos y extraeuropeos, la presidencia de la Academia ha recaído con carácter vitalicio en juristas de gran prestigio, como A. Trabucchi, A. Tunc o J. L. de los Mozos y actualmente P. Stein, pero todos los miembros reconocen unánimemente que tales trabajos no habrían podido llegar a buen puerto sin la iniciativa, el entusiasmo, la inquebrantable voluntad y el *savoir faire* del Profesor Gandolfi. Se trata, pues, de homenaje bien merecido.

El homenajeado es un jurista que ha compatibilizado el ejercicio de la profesión de abogado con la actividad académica durante casi medio siglo. Formado en la Universidad estatal de Milán, y tras comenzar en ella sus tareas docentes e investigadoras, fue primero profesor ordinario de Derecho romano en las Universidades de Camerino y Trieste, cerca de veinte años, y luego profesor de Derecho privado y de Derecho privado y comparado en las de Padova y Pavía, los otros treinta, alcanzando la condición de profesor emérito en esta última Universidad el año 2002. Como romanista fue discípulo de Giovanni Pugliese y en cuanto privatista siguió de cerca las sugerencias de Cesare Grasseti, a quien dedicó un estimulante artículo titulado *In tema di 'reasonable meaning' (e direttive ermeneutiche sussidiarie)* (Studi Grasseti, Milán 1980). De sus principales aportaciones científicas en ambos campos, mencionemos tan sólo los *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (Milán, 1966) y el impresionante libro concerniente a *La conversione dell'atto invalido*, en dos volúmenes; mientras el primero, que versa sobre el modelo germánico, se publicó en 1984, el segundo, relativo a la proyección europea, apareció en 1989. Su obra más importante, sin embargo, es el *Código Europeo de Contratos*, cuyo Libro I revisado por Lucilla Gatt se divulgó en 2004, en tanto el Libro II, referido a los contratos en particular, se ha venido publicando por partes, una relativa a la compraventa en 2007 y otra sobre algunos contratos reales en 2008.

Dados estos antecedentes sobre la Academia y la trayectoria científica del Profesor Gandolfi, se comprende bien el carácter misceláneo de la obra que nos ocupa, que se extiende a lo largo de más de cien trabajos –110 para ser exactos– a los que se deben unir las semblanzas de algunos académicos fallecidos, como A. Tunc (G. Viney), F. Wieacker (O. Behrends), A. Brancaccio

(M. Cantillo), A. Trabucci (G. Cian), J. Carbonnier (J.-L. Souriou), J. de M. Antunes Varela (M. H. Mesquita) y mi recordado maestro, el Profesor de los Mozos (C. Rogel Vide). A esto se añade una nota de A. Cella sobre *Il percorso scientifico di Giuseppe Gandolfi*, con un amplio elenco de sus obras.

El contenido del libro es tan variado como inabarcable; incluye numerosos estudios dedicados a instituciones tan dispares como ciertas figuras del Derecho romano, sin olvidar el Derecho canónico, o el arbitraje y el proceso, los derechos humanos, el laicismo, la privatización de empresas, la policía municipal y la protección de los consumidores. En particular, en materia de obligaciones, abarca desde las transformaciones del contrato, algunas vicisitudes de la contratación, la onerosidad y la gratuidad, hasta la ineficacia y la nulidad parcial, la responsabilidad contractual y extracontractual, los daños punitivos, o bien la relación obligatoria, las obligaciones reales y las garantías, además de los derechos reales, la propiedad intelectual, la insolvencia, las participaciones sociales, el *trust* y la sucesión por causa de muerte, así como la protección de los discapacitados, de la infancia y de los *nasciturus*.

Como es lógico, el tema de la unificación del Derecho europeo de los contratos es abordado desde diferentes perspectivas, lo mismo que la historia y el Derecho comparado, así como las nuevas codificaciones de algunos países del Este de Europa. Sin entrar en detalles, se ocupan de la unificación y sus problemas E. A. Kramer (metodología), F. de Martino (unidad cultural), K. Siehr (caos normativo), P. Schlechtreim (*software*), A. Tunc (unificación legal), F. Sturm (lengua latina), F. P. Casavola (formación del jurista), H. J. Sonnenberger (convergencia europea), A. Trabucci (necesidad de la unificación), H. Roth (Derecho procesal europeo), L. Moccia (abogado europeo), entre otros, sin que falte una reflexión crítica, como la de S. Sandoz, *L'impossible unification du droit*. Inciden en la historia y el Derecho comparado las aportaciones de C.-W. Canaris (derechos fundamentales), J. Gaudemet (legislación postclásica), P. Rescigno (reforma del *BGB*), J. Imbert (influencia del Código francés), P. Stein (génesis de la romanística moderna), G. B. Ferri (contrato y mercado), G. Alpa (expansión del contrato), J. M. Rainer (revisión del *ABGB*), M. A. Ciuro Caldani (cultura jurídica), H. McGregor (caracteres del *Contract Code*), G. Crifó (Grocio y los juristas romanos), A. Donati (iusnaturalismo), F. Terré (Derecho público y privado), A. G. Conte (*77 nomi del diritto*), J.-Ph. Dunand (influjo francés en los cantones suizos) y J. P. Gridel (funciones del contrato). Sobre los antiguos países del Este versan los trabajos de K. Torgäns (Letonia), P. Varul y K. Vind (Estonia), L. Pop (Rumanía), J. Dvorák (Chequia) y M. Ganino (Rusia), además del trabajo de tipo histórico de G. Hamza (Hungría).

Hay en la obra, finalmente, interesantes estudios sobre el Derecho español u ordenamientos próximos, debidos a autores patrios o cercanos a nosotros, que vamos a agrupar en temas generales, protección de la persona y Derecho patrimonial. Forman parte del primer grupo los artículos de G. García Cantero, *Le Code civil cubain de 1987: un code socialiste de filiation iberique*; A. Luna Serrano, *La interpretación y la integración de las normas jurídicas en el derecho civil catalán*; E. Valiño, *Il moderno diritto delle università spagnole*; A. Valiño, *Fori 89,1 y C. 6,30,2: un caso de pro erede gestio*; F. Cuenca Boy, *Utilización pragmática del derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII sobre el protector de Indios* y G. di Genio, *L'amparo local nell'esperienza spagnola tra riforma dell'ordinamento e carta europea delle autonomie*. Al Derecho de la persona se refieren C. Rogel Vide, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, y C. Martínez

de Aguirre, *Notes sur les status de l'embryon et du foetus en droit privé spagnol*. Por último, sobre el Derecho patrimonial escriben J. L. de los Mozos, *¿Es posible la donación obligatoria o promisorias en el derecho español?*; S. Herman, «*Pacta sunt servanda*» *Meets the Market: Enforcing Promises in Spanish and United States Law*; R. H. Brebbia, *La lesión en el derecho privado de la comunidad romano-germánica*; N. L. Nicolau, *La teoría de la fianza en el derecho civil actual*; P. F. Silva Ruiz, *Contratos de Adhesión, Condiciones Contractuales Generales (Condiciones Generales de los Contratos o de la Contratación) y las Cláusulas Abusivas*; A. Guzmán Brito, *La doctrina de la «consideration» en Blackstone y sus relaciones con la «causa» en el «ius commune»*; J. L. de la Cuesta Sáenz, *Nuevos aspectos de los contratos parciarios*; C. M. Díez Soto, *La delimitación entre tanteos y retractos legales en el ordenamiento español* y el autor de estas líneas, *Los tratados de la OMPI sobre los derechos de autor y sobre intérpretes o ejecutantes y fonogramas de 1996*.

En suma, estamos ante una obra que contiene aportaciones de notable interés, con algunas sugerencias bien meditadas y documentadas, muchas de las cuales son de remarcable valor científico y cultural. Por eso, es de felicitar al homenajeado por haber sabido concitar en esta obra a más de un centenar de colaboraciones, y más del doble de adhesiones, que proceden de casi todos los ordenamientos de corte continental. De aquí que esta obra pueda ser de provecho también, igual que el Anteproyecto de Pavía, para la tarea emprendida por la Comisión General de Codificación en orden a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en nuestro Código civil.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

GÓMEZ-BLANES, Pablo: *El principio de accesoriedad de la fianza*. Thomson Aranzadi, 2008, 297 pp.

La accesoriedad de la fianza es una de las características que definen esta garantía personal, a la que el autor del libro ahora en comentario califica de principio informador de su alcance y extensión.

El profesor Gómez-Blanes toma como punto de partida el núcleo de la accesoriedad considerado convencionalmente inderogable. En este marco de un núcleo de contenido mínimo nos plantea la cuestión de en qué medida puede desconocerse, es decir, hasta qué punto es posible la exclusión pacticia del carácter accesorio. Indudablemente la respuesta oportuna viene hoy requerida por las modalidades de garantías bancarias que con ese nombre ponen en tela de juicio el carácter accesorio de la fianza. Esto ocurre con los modelos usuales de garantías autónomas también glosadas en este sugerente trabajo.

Es notorio que en nuestros días la fianza cobra especial relieve al venir asociada a la concesión de crédito. Como la insolvencia del deudor es el más temido riesgo del crédito se explica el creciente empleo de esta garantía personal. En los textos antiguos se elevó la figura del fiador a la dignidad del hombre que da su fe y seguridad, y promete a otro hacer alguna cosa por ruego o mandato de aquel en cuyo favor hace la fianza. Se pone de relieve en

estos textos históricos que siempre está el fiador con peligro de pagar la deuda principal «por las contingencias del tiempo y de los pactos observables». Con mayor motivo ante los apremios financieros en época de crisis donde sin garantía ya sea personal o real, o de ambas a la vez, no hay crédito que valga, y el hombre acuciado más por necesidad que por don se diluye en sociedades.

Efectivamente en la concesión de crédito suelen concurrir ambas formas de garantía, lo que da lugar a los conocidos conflictos y litigios que lamentablemente abundan. De aquí el interés de un estudio actual y comprensivo de las garantías personales. Tal es la materia principal tratada en este estudio monográfico.

En la Introducción a la obra el profesor Gómez-Blanes, nos adelanta que en dicho núcleo de la accesoriedad se basa todo el estudio, con atención preferente a las diversas modalidades que hoy reviste la fianza y parecen cuestionar el carácter accesorio.

De manera que el autor nos ofrece en el libro una panorámica unitaria o global de esta forma de garantía desde la perspectiva de la accesoriedad. Destaca el doctor Gómez-Blanes que, si bien el desenvolvimiento como garantía se realiza en el tiempo, la accesoriedad como principio informador permanece en cada una de las fases y que su extensión admite grados. Puede ser plena o atenuada. En definitiva toda la vida de la fianza, nos dice, depende de la existencia, subsistencia y atracción del crédito al que fortalece con el añadido de la seguridad correspondiente.

Con estas premisas, el trabajo sigue minuciosamente los avatares de la garantía desde su constitución a la extinción. Uno de los aspectos analizados en este estudio, que a mi juicio presenta mayor originalidad, aparte de su interés actual, es el enfoque de la conservación de la garantía, es decir, el papel de seguridad que cumple desde la vigencia anterior al momento que el Código civil precisa con la expresión «en el caso de no hacerlo éste», el deudor principal.

La materia analizada se distribuye en cuatro capítulos. El Capítulo primero diseña el marco de la obra con el sugerente título de «Claves de interpretación del principio de accesoriedad» (pp. 29 a 62), que sirve de enfoque y guía de lo expuesto.

En este primer Capítulo se explayan los problemas más discutidos sobre el carácter accesorio de la fianza destacando el importante papel que dicha garantía con sus diferentes fórmulas juega en la actualidad. Expone en términos generales los caracteres y elementos de la fianza, sus efectos típicos como garantía, su extensión y límites, acciones y excepciones. Se formula en este Capítulo la pregunta, anteriormente indicada, acerca del alcance o extensión del principio de accesoriedad y la posibilidad de exclusión. Ambas cuestiones merecen ser consideradas, nos dice el autor, como «fundamentales»: ¿En qué manera la obligación garantizada influye y determina la obligación asumida por el fiador?, ¿es posible la exclusión convencional del principio de accesoriedad?

Indudablemente la complejidad de la respuesta le lleva a exponer con extensión las notas características de la fianza y los contrastes con los confines borrosos de modelos usuales de garantías bancarias a los que se puede dar este título. A lo largo de las 245 pp. de que consta el grueso de la exposi-

ción se van concretando los aspectos relativos a dichas preguntas «fundamentales», que reciben respuestas razonadas y analizadas con claridad y abundante información.

De las cuestiones apuntadas en este primer capítulo se desprende que, efectivamente, hay que buscar la clave de la interpretación en ese núcleo inderogable lleno de consecuencias. Entre otras, que el carácter accesorio de la fianza, según nos dice, puede revestir diferente intensidad con tal de no extenderse a más allá del límite convencional. Dentro de este límite puede presentarse con diversas formas pero en ningún caso desaparecer. En resumen, el núcleo inderogable del principio de accesoriedad admite mayor o menor intensidad en sus aplicaciones concretas civiles o mercantiles, pero por su carácter accesorio no puede tener objeto distinto ni más extenso que el de la obligación principal (pp. 56 y ss). En esa fuerza atrayente de multitud de factores se apoyan los deberes y derechos del fiador, las facultades y cargas mientras que el deudor principal no haga efectiva la obligación de pagar. Accesoriedad, seguridad y autonomía componen las piezas que entran en la trama de los intereses en conflicto. En su interrelación se encuentra su contenido, que sistematiza en la p. 55, donde, como punto de partida, se fija el sentido de la clave de interpretación.

Explicada en términos generales la estructura y función de la fianza, los capítulos siguientes se dedican al estudio de las fases por las que discurre la función de garantía. Dedicada el Capítulo segundo a la fase de perfección en el momento de constituir la fianza (pp. 65 a 118). El Capítulo tercero comprende la que podemos llamar fase de seguridad, anterior al impago con reclamación de cantidad, (pp. 121 a 208), y con la que podemos llamar fase de ejecución y modos de extinción de la fianza se compone el Capítulo cuarto (pp. 211 a 240) en el que culmina el trabajo. Versa el capítulo final sobre la accesoriedad y la autonomía de la fianza.

En esta descripción simplificada del contenido de la obra en comentario puede advertirse el interés de su lectura, que armoniza la vertiente doctrinal con la jurisprudencia y práctica de una institución con tanto arrastre histórico como creciente actualidad.

Con un juicio de valor puede decirse que el diseño del libro es acertado al mostrar desde diversos ángulos la perspectiva de la dependencia de la fianza respecto del crédito dentro de los límites de lo pactado en la relación principal entre acreedor y deudor. Considera como límite objetivo de la fianza el no más allá del crédito garantizado. De manera que sin crédito no hay fianza, que define como garantía personal del crédito aunque se constituye como garantía del deudor. Ninguno de estos elementos pasa inadvertido al autor.

En relación al «crédito garantizado», advierte que no es este propiamente el objeto de la fianza, porque hay que distinguirlo de la prestación debida por el fiador, que designa con la expresión «crédito de fianza». El crédito principal determina el contenido de la garantía en un triple sentido: a) que ésta ha de garantizar necesariamente un crédito; b) que no puede extenderse más allá del contenido de aquél; y, c) que salvo disposición en contrario, cubre la totalidad del crédito garantizado. Por lo demás, añade, la remisión del negocio de fianza al crédito garantizado se configura como un negocio de riesgo y al fiador como digno de especial protección.

Con la explicación desde esta perspectiva del objeto, límites y contenido avanza en el Capítulo segundo por la dinámica de la accesoriedad con origen en la fase de perfección. Esta panorámica facilita la comprensión y alcance del carácter de «negocio de riesgo», que suspende la sorpresa del lector ante

la «especial protección» del fiador. En este sentido se entiende mejor el carácter relativamente autónomo del «crédito de fianza». La persona del deudor, nos dice, es relevante para el fiador no solo por la confianza sino por la solvencia o capacidad profesional, pero es el fiador quien en último término asume el riesgo de la atadura a los bienes que forman parte del contenido de su patrimonio personal que fija la garantía.

En el libro en comentario el autor se interesa por los cambios del deudor y se detiene en el análisis de la acción de regreso. Destaca «el ejercicio útil de la acción» ante las circunstancias cambiantes por razón del tiempo acordado, el vencimiento anticipado, la prórroga, con un examen atento de las conductas, principios y circunstancias que concurren.

En esta línea la exégesis de lo dispuesto en el artículo 1851 sobre la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador que extingue la fianza resulta particularmente ilustrativa de la relación entre conductas y patrimonios. El deber de conservar la garantía ante el riesgo de insolvencia, las posibles medidas cautelares para evitar el riesgo y hacer frente a eventuales maquinaciones que dan lugar a discrepancias entre la doctrina y la jurisprudencia resulta interesante en la exposición de las cuestiones (pp. 121 a 209). Vienen a ser medidas de conservación de la garantía personal con suficiente semejanza y diferencia en relación a las garantías reales. En estas lo decisivo es la cosa o su valor mientras que en la fianza está en juego el patrimonio hasta el límite de la obligación creada. Obliga al fiador en los mismos términos (cuantía) que el deudor principal. En fecha reciente la STS de 19 de septiembre 2008 destaca la importancia de precisión en el momento de constituir la fianza para obviar las consecuencias de posibles contingencias sobrevenidas, como eventuales indemnizaciones. En el supuesto allí controvertido, la sustitución de una hipoteca en garantía de responsabilidad por impago de rentas en un contrato de arrendamiento de local por un aval ilimitado con la estipulación «aval personal mío y de mis bienes», se cuestiona sobre la extensión, si debe limitarse a la establecida en la hipoteca o se extiende a la indemnización y gastos de desahucio. Por tratarse de hecho no se considera materia casacional pero se advierte el interés de la claridad a los efectos de lo dispuesto en los artículos 1826 y 1827.

Finalmente, a la *accesoriedad y autonomía en la fianza* dedica el Capítulo cuarto en el que se dirige la atención hacia la fianza a primer requerimiento, lugar donde encuentran apoyo los seguidores de la doctrina que «deprecia» la accesoriedad. En este Capítulo se examinan modelos usuales de garantías bancarias, la garantía a primer requerimiento y crédito documentario, p. 234.

Sobre el carácter abstracto de la garantía se detiene en las cuestiones suscitadas en torno a la cláusula de pago a primer requerimiento respecto a la accesoriedad. Llega a la conclusión de que no se contraponen. En rigor, nos dice, la cláusula no *elimina* la accesoriedad de la fianza, si bien *debilita* sus efectos normales. No es por lo tanto una garantía independiente, aunque trate de desvincular los efectos de la relación de valuta: ¿qué deberes, facultades y cargas tiene el fiador, qué excepciones puede oponer el fiador a primera demanda? La prueba de la no independencia está en la acción de reembolso, que permite al garante recuperar, si paga en virtud de la obligación de afianzar, a la luz del enriquecimiento sin causa, y ejercitar excepciones como la *exceptio doli* alegando y acreditando la actuación abusiva o fraudulenta.

El deseo de proteger el crédito, nos dice, no debe llegar al extremo de ignorar o silenciar lo que es de derecho, lo contrario sería una visión judicialista del derecho (p. 226).

En definitiva, se deduce del análisis pormenorizado de los supuestos contemplados que siempre hay cierta relación entre el crédito y la fianza. De manera que, por más que no se establezca la accesoriidad en su forma pura, la abstracción nunca es plena.

Con la accesoriidad de la fianza en la vertiente internacional se pone punto final al estudio monográfico.

El libro contiene una amplia bibliografía, nacional y extranjera, que ocupa desde la p. 247 a la p. 274, comprende un índice de fuentes y un índice de materias.

El juicio de valor sobre la obra analizada confirma que se trata de un estudio monográfico bien pensado y con información amplia y detallada sobre una materia compleja, a la vez doctrinal y práctica, expuesta de manera clara y sugerente en la selección de cláusulas y estipulaciones, y en la vertiente procesal las pertinentes las acciones, excepciones y remedios.

Puede sorprender a quien está habituado a la consulta de manuales y tratados que no se emplee en el libro el término contrato de fianza, sino el más genérico de negocio accesorio. En realidad, la calificación de contrato no figura explícitamente en la regulación del Código sino en la jurisprudencia, que lo emplea para explicar el ejercicio de la acción personal derivada del «contrato de fianza». Aparte la obligación de «dar fianza» en los casos de fianza legal y judicial, formas de fianza por no contractuales tampoco comprendidas en este trabajo.

José Antonio DORAL GARCÍA

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio/LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 215 pp.

1. El libro del que ahora se da cuenta es obra de José Antonio García-Cruces y Javier López Sánchez, reputados profesores de la Universidad de Zaragoza, mercantilista el primero y procesalista el segundo, ambos enfrascados en el estudio del Derecho concursal, disciplina ésta que exige un conocimiento cabal del conjunto del ordenamiento, conocimiento del que este libro es una buena muestra. En él se aborda, como se afirma en el subtítulo y en el capítulo preliminar, una «primera lectura» de la reforma de la Ley Concursal en virtud del Capítulo III del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE de 31 de marzo, convalidado por Resolución de 23 de abril de 2009, BOE de 29 de abril).

El juicio general que les merece la reforma de la novísima Ley concursal es, para los autores, el siguiente: «... quienes venimos mostrando interés por el estudio y análisis de nuestro Derecho Concursal habíamos mostrado cierta confianza en que la reforma atendería algunos de los muchos problemas que suscita la aplicación práctica de las disposiciones de la LC. Sin embargo, la

lectura de los preceptos de este RDL 3/2009 ha generado una innegable decepción, pues la destacada urgencia no parece corresponderse con la realidad ni, tampoco, el contenido de la reforma parece haber sido el más acertado, tanto en lo que hace a los aspectos concretos que se modifican como al sentido en que se hace la reforma normativa» (p. 12).

En definitiva no son afortunados ni el qué, ni el para qué ni tampoco el cómo. Pese a este contundente juicio crítico se empeñan con las mejores herramientas y en un ejercicio de notable honestidad intelectual, en el estudio de tales normas. Así afirman: «Las nuevas normas, con independencia de sus aciertos y carencias, han de ser aplicadas y constituyen un instrumento para resolver los conflictos de intereses que han de ser atendidos. No podemos quedarnos sólo en la consideración –en su caso– crítica de estas normas sino que ya es necesario proceder a su mejor interpretación y aplicación» (p. 14).

Esta reforma ha dado lugar a una ya abundante literatura, sobre todo concentrada en la que se quiso la principal reforma (me refiero a los acuerdos de refinanciación, artículo 8 RDL 3/2009, aunque la interpretación casi unánime de la norma la deja en los márgenes del fracaso, o dicho de otro modo, hay una desarmonía entre los fines de la norma y su plasmación técnica) y de la que entresaco estas referencias: *Cinco años de aplicación de la Ley concursal*, Emilio Beltrán y María Luisa Sánchez Paredes (Thomson Reuters Cívitas, 2009), los trabajos recogidos en el libro *Implicaciones financieras de la Ley concursal* (La Ley, 2009), dirigido por Alberto Alonso Ureba y Juana Pulgar Ezquerro; el monográfico sobre la reforma de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 11 (2009), o la actualización (y desarrollo) en las materias concernidas en el libro de Angel Carrasco Perera: *Los derechos de garantías en la Ley concursal* (Cívitas Thomson Reuters, 2009, 4.ª edición). Una excelente exposición de conjunto de la reforma puede verse en Emilio Beltrán: «La reforma –inarmónica– de la Ley concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 775 (2009).

2. El libro se divide en dos partes precedidas de un capítulo preliminar. En el breve capítulo «preliminar» los autores dan cuenta de los propósitos del libro y sitúan al lector en el contexto y propósitos de la reforma en su conjunto. Vierten interesantes reflexiones de las que cabe subrayar las siguientes: por un lado, las razones que justifican la crítica a la reforma (probablemente el legislador falla en las dos tareas que le corresponden, qué hacer y cómo hacerlo); por otro lado, constatan la desconfianza del legislador hacia el Derecho concursal y la ausencia de una cultura concursal en España que probablemente encubre una defectuosa cultura económica (el remedio a nuestra ignorancia depende también de trabajos como el que ahora se examina); y, por último, la inclinación del legislador a reformar las leyes para asegurar su interpretación auténtica en detrimento de disputas jurisprudenciales, libradas, en materia concursal, en los tribunales de instancia (apenas hay jurisprudencia en sentido propio, artículo 1. 6 CC), asunto éste que tiene una doble faz: por un lado, expresa la desconfianza en los operadores jurídicos, por otra, es una muestra de debilidad que priva del respaldo de racionalidad de que deben gozar las normas. Véase en este punto, por ejemplo, la controversia que está en la raíz de la modificación del artículo 71. 5. 3.º LC (en la p. 18 se justifica cumplidamente como tal solución hubiera podido alcanzarse sin reformar el precepto), aunque tal vez sea más notable esta inclinación en materia procesal, como acredita el exhaustivo estudio del Dr. López Sánchez.

La primera parte del libro se refiere a los «aspectos sustantivos» o materiales de la reforma (obra del Dr. García Cruces) y a los «aspectos procesa-

les» la segunda (obra del Dr. López Sánchez). Tal distribución tiene un indudable componente arbitrario, puesto que hay materias en las que el predominio procesal o sustantivo es imposible de establecer y quizá hubiera sido deseable, para completar el estudio de la reforma, abordar de modo sistemático el endiablado régimen transitorio previsto en el RDL 3/2009, del que, no obstante, se da noticia a lo largo del libro. No siguen los autores, por tanto, la ordenación propuesta por el propio Capítulo III del RDL 3/2009 (arts. 6 a 12) que es el específicamente referido a la Ley concursal; a saber: publicidad, administración, reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación, reconocimiento y subordinación de créditos, convenio, liquidación anticipada y normas procesales. Además de las otras cuestiones que contempla, en materia concursal el RDL 3/2009: sobre todo el régimen transitorio (las Disposiciones Transitorias 2.^a a 8.^a) y las tres interesantes Disposiciones Adicionales, referidas sucesivamente a los acuerdos de refinanciación, a la retribución de administradores concursales y al Registro Público Concursal.

Pero el libro es algo más que un examen minucioso de la reforma concursal (que lo es): en él también se exponen nociones o problemas sustantivos o procesales de conjunto con singular agudeza, ya se trate de la noción de perjuicio en las acciones de reintegración (pieza clave del sistema), la complicidad en la calificación (donde sigo pensando que la doctrina penal sobre la participación o también sobre la posición de garante tiene mucho que enseñarnos), el deber de instar el concurso (asunto en el que se hacen observaciones generales que trascienden lo concursal), el convenio anticipado (pese al fracaso práctico del convenio como solución al concurso), la función de la publicidad en materia concursal, el sentido y régimen del juicio verbal o, por último, de la intervención de terceros en el proceso.

Tampoco se somete a crítica singular el discutible instrumento normativo empleado para reformar la Ley concursal: el Decreto Ley tiene un ámbito constitucionalmente legítimo (tantas veces despreciado) y aunque en ocasiones la discusión parlamentaria no mejore la calidad técnica de los textos legales, sí que permite, al menos, la publicidad de la discusión y la exhibición pública de los argumentos de política jurídica que justifican la propuesta gubernativa. Apenas hay erratas y cuando se desliza alguna casi podría decirse que es una errata afortunada: así se dice «*misterio legis*» en lugar de «*ministerio legis*» (p. 45). A veces no está claro si las remisiones o menciones de preceptos lo son al texto reformado o al texto original de la Ley concursal.

3. La primera parte se dedica a los «aspectos sustantivos de la reforma», en particular se estudian, por una parte los «acuerdos de refinanciación» (pp. 17-48); en segundo lugar, las medidas para favorecer el convenio anticipado (pp. 49-72) y, por último, las modificaciones introducidas en el régimen de reconocimiento y clasificación de créditos (pp. 73-94).

Sobresale por su extensión e importancia el estudio de la Disposición Adicional 4.^a de la LC, relativa a los acuerdos de refinanciación, pieza esencial, parece ser, de la reforma (pp. 19-48). La finalidad de la Disposición es la siguiente: «obedece no tanto a la finalidad de regular de forma completa y sistemática los llamados acuerdos de refinanciación empresarial como, mejor, a una razón de ser mucho más limitada e inmediata, pues se trata de ofrecer un grado de protección a este tipo de acuerdos a fin de evitar que puedan ser objeto de una acción rescisoria al amparo de cuanto dispone el artículo 71.1 (reintegración concursal)» (p. 19). «Dicho en otras palabras, la reforma determina la irrevocabilidad al amparo de las previsiones acogidas en el artículo 71.1 LC de los acuerdos de refinanciación empresarial en los términos y

con el alcance que se contemplan en la reforma del texto legal, de modo que el supuesto de hecho encierra un caso de exclusión de similar significado a los previstos en el apartado 5 del artículo 71 LC» (p. 20). No debe olvidarse que la disciplina se establece para el caso en que, pese al acuerdo y el plan de viabilidad, el deudor que lo celebró es declarado posteriormente en concurso (en la mayor parte de los casos, claro es, el concurso será voluntario), es decir, se persigue una cierta inmunidad de un acuerdo que ha fracasado en sus propósitos de salvamento empresarial.

Estudia el Dr. García-Cruces los distintos aspectos técnicos de los acuerdos de refinanciación; así: su ámbito de aplicación, qué deba entenderse por «ampliación significativa del crédito disponible» o «modificación de obligaciones»; las dificultades presentes en la determinación de qué acreedores son los concernidos, o la ausencia de regla que frene las ejecuciones singulares; también los que cabe llamar acuerdos «mixtos» (esto es, aquellos en que a la reestructuración financiera se añaden pactos relativos a la estructura de gestión o titularidad en materia de personas jurídicas). También se examina con cierto detalle el llamado «plan de viabilidad» y los denominados presupuestos del acuerdo, a saber: las mayorías reforzadas que se exigen para la adopción o mejor, para que estemos ante un acuerdo de esta clase (mayorías que son probablemente excesivas y de las que no resulta excluido acreedor alguno que en caso de declaración de concurso carecería de derecho de voto, aunque son muy interesantes en este punto las reflexiones que desgrana en la p. 30); el informe elaborado por experto independiente (de valor más que relativo); la imposición de su otorgamiento mediante documento público (donde la certeza de la fecha no exige, véase el art. 1227 CC, el documento público, que encarece los costes de otorgamiento sin ventaja apreciable). Más adelante examina la eficacia y tutela de los acuerdos de refinanciación negándoles, claro es, su calificación de acuerdos de masa y sugiriendo una posibilidad de impugnación indirecta (consistente en impugnar los contratos que originan los créditos de los acreedores partícipes del acuerdo). Por último da cuenta de los otros problemas presentes en los acuerdos de refinanciación (después de constatar «las muchas –y graves– insuficiencias y lagunas de que adolece el régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación empresarial», p. 36): el presupuesto objetivo; la ausencia de publicidad; el control (*rectius*, su ausencia o endeblez) sobre su formación o contenido del acuerdo subrayando los riesgos de creación de pasivo ficticio y de obtención de mejoras para un (o varios) acreedor; o la falta de exclusión expresa de los acreedores que fueran subordinados (aunque en este punto entonces debería anticiparse una suerte de calificación y clasificación previa que solo podría confiarse bien al experto independiente o bien, si así se decidiera, a través de algún tipo de homologación judicial del acuerdo para su plena eficacia). Concluye la parte relativa a los acuerdos de financiación valorando la reforma (pp. 40 a 48) en donde hace varias consideraciones de las que cabe resaltar que le parece conveniente la vinculación entre el acuerdo y la propuesta anticipada de convenio o la reinterpretación (o mejor, la exacta interpretación) de la noción de perjuicio.

La segunda parte del estudio del Dr. García Cruces se dedica a las «medidas para el favorecimiento del convenio anticipado» (pp. 49 a 72), convenio anticipado que ha fracasado en nuestra práctica concursal (práctica que a mi juicio la reforma no truncará) fundamentalmente centrada en el «deber de instar el concurso», puesto que es el deudor quien mejor conoce su situación, con un exhaustivo e inteligente examen del nuevo artículo 5 LC, en donde

juzga severamente que los incentivos no estén sometidos a controles de seriedad (del propósito negociador) y de legalidad. Después examina, en congruencia con el nuevo artículo 5 LC, los artículos 15.3, 22. 1, 105 y 106.1 LC en donde patrocina la derogación del artículo 105 LC (que establece obstáculos innecesarios).

La tercera y última parte concierne a las «modificaciones en el régimen de reconocimiento y clasificación de créditos» (pp. 73 a 94) que divide en cuatro partes: en primer lugar, los créditos públicos (art. 87.2 LC), donde se precisa con rigor la noción y sentido concursal de los créditos contingentes; en segundo lugar, la clasificación de los créditos beneficiados con fianza de terceros (art. 87.6 LC, precepto que dio lugar a un agotador debate fuertemente coloreado, cómo no, de presuposiciones sobre el mercado de crédito y sus partícipes) donde, con ironía, se refiere a la protección de los acreedores profesionales (trayendo a colación el texto de la exposición de motivos de la Ley concursal), regulación novedosa que tacha (superando por una vez su exquisita discreción) de simple «error» de política legislativa (p. 83) y reitera las razones que justificaban la redacción primitiva y los defectos achacables a la nueva regulación. En tercer lugar, estudia la leve modificación del artículo 93.2.1.º LC que no por su levedad es menos importante (en el «momento de nacimiento del derecho de crédito»); y, por último, la inclusión de un nuevo supuesto de subordinación (art. 92.7 LC).

4. La segunda parte, de mayor extensión (pp. 95-215) se dedica a los «aspectos procesales de la reforma» y en ella se atiende, de modo sistemático, al estado de situación previo a la reforma (muy interesante sobre todo para desvelar que la reforma pretende resolver, no siempre con éxito, disputas jurisprudenciales) así como al régimen transitorio.

En particular se estudian, con la misma cadencia o método antes reseñado, los siguientes asuntos: la publicidad del concurso, con especial mención del Registro de Resoluciones concursales (pp. 95 y ss.) respecto al que el legislador reglamentario sigue sin dar cobertura específica con las bases fijadas por la reforma, en particular en lo establecido en la Disposición Adicional 3.ª RDL 3/2009 (lo que no deja de ser, sencillamente, o bien un dislate o bien un ejemplo de incuria). El fin perseguido parece ser el siguiente: «se ha procedido (...) a dar cobertura legal a la extensión de las posibilidades del anterior Registro de Resoluciones Concursales –al que ahora se otorga la denominación de «Registro Público Concursal» [que sigue siendo, como dice el autor en varias ocasiones de publicidad noticia]– dar publicidad a un conjunto de resoluciones más amplio que el contemplado anteriormente. La razón que ha conducido a la potenciación de sus posibilidades no es otra que la reducción de costes y duración del concurso, pues en la misma medida en que se facilita este cauce con conocimiento de las vicisitudes del concurso se excluye la publicación de edictos en el Boletín Oficial del Estado –con la salvedad del auto de declaración de concurso y el de su conclusión– y en el diario de mayor difusión en la provincia...» (p. 100). Se ordena en los artículos 23.4, 23.5, 40.4 II, 109.2 II, 111.2; 132; 139; 141; 164; 174; 177.3; 179.3 LC un doble régimen de publicidad complementaria.

En segundo lugar, el régimen de las retribuciones de los administradores (pp. 111 y ss.) en donde, como el propio autor advierte, «solo se ha buscado reducir los costes del proceso pero sin ponderar adecuadamente las consecuencias de las medidas adoptadas» (p. 111), régimen que está pendiente también de ciertos desarrollos reglamentarios (DA 2.ª RDL 3/2009).

En tercer lugar, la tramitación escrita del convenio (pp. 115 y ss.) que permite la gobernabilidad de las decisiones colectivas, asunto en el que aborda también el estudio de la oposición al convenio y la torpeza del legislador en su propósito de abreviar la duración del concurso (establece días, que serán hábiles, en vez de meses), cuando, como es sabido, uno de los costes que hacen insoportable el concurso es el derivado de su duración.

En cuarto lugar, la liquidación anticipada (pp. 139 y ss.), asunto desarrollado con pulcritud sistemática, liquidación que persigue evitar que se demore «la actividad de realización de unos activos que el propio deudor considera que no pueden sostener –si la hubiera– una empresa en funcionamiento, sin grave riesgo de su deterioro» (p. 140). Son del mayor interés sus observaciones sobre la «timidez» de la solución puesto que no reduce sustancialmente (que era y debe ser un objetivo propio de la liquidación, si no quieren dañarse las expectativas sobre el valor de los activos) y sobre la interpretación que propone para conjugar el artículo 142 bis con el artículo 64 LC. Critica también los excesos e imprecisiones de la nueva regulación (¡qué difícil es legislar bien!) y la soledad del juez del concurso en el trámite de aprobación de la propuesta de liquidación anticipada, donde sorprende la remisión al artículo 149 LC; para concluir esta parte, con un examen sobre la regla del pago anticipado (art. 146 bis 2 LC).

En quinto lugar, estudia del nuevo artículo 64 LC, que titula en razón de la que parece su principal consecuencia «medidas para facilitar el acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo» (pp. 177 y ss.) y que supone, a su juicio, una mayor coherencia con las normas generales de jurisdicción y competencia. En sexto lugar, la simplificación de la publicidad del informe y clarificación del plazo para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores (pp. 181 y ss.).

En séptimo lugar, la determinación de cuál es la apelación más próxima, en la que explica con notable claridad las razones que debían inspirar la interpretación del texto ahora reformado y de las divergencias con el régimen común (pp. 187 y ss.) y en la que probablemente la reforma ha puesto coto, otra vez, a debates jurisprudenciales en los tribunales de instancia. En octavo lugar, la determinación de quién tiene condición de parte en la sección de calificación, artículo 168 LC (pp. 199 y ss.), asunto en el que son muy interesantes las consideraciones generales sobre el interés legítimo y la congruencia entre tal interés y aquellas pretensiones que pueden ejercerse (el interés determina qué puede pedirse, más que si puede su titular participar en la controversia).

En noveno lugar, el examen del artículo 188.3 LC, relativo a los recursos frente a los autos que denieguen o concedan la autorización judicial (pp. 203 y ss.). En décimo lugar, la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado en los artículos 190 y 191 LC, que es, estadísticamente el procedimiento principal (pp. 205 y ss.).

Y, por último, el reconocimiento, también en esta sede, de la posibilidad de tramitar «por escrito» el incidente concursal, artículo 194.4 LC (pp. 211 y ss.) porque la realidad insiste en dejar en agua de borrajas la regla general contemplada en el artículo 138 LEC. Los aspectos de mayor importancia son, en esta sede, el régimen de la publicidad en el concurso y la liquidación anticipada.

José Ramón GARCÍA VICENTE
Universidad de Salamanca

ROCA, María: *La tolerancia en el Derecho*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de España, Madrid 2009, 265 pp.

Si no se le advirtiera al lector, en las páginas preliminares, que este volumen recoge trabajos escritos a lo largo de una década, habría pasado por una obra concebida unitariamente y escrita con continuidad. La razón es clara: la unidad de estas 265 páginas estaba, desde el primer momento, en la mente de la autora. Un pensamiento coherente recorre los siete capítulos del libro. Tan madura intelectualmente estaba la mente que lo redactó, y tan clara su idea de la tolerancia al escribir el primero de los trabajos como al escribir el último. Ello es debido, probablemente, a que antes de tomar la pluma o pulsar el teclado, la profesora María Roca había ya disertado y discutido sobre la tolerancia. Como escribió Novalis, «para conocer a fondo una verdad hay que haber *polemizado* sobre ella» (*um eine Wahrheit recht kennenzulernen, muss man sie auch polemisiert haben*). Nada contribuye a clarificar los perfiles del pensamiento propio como el contraste con el pensamiento ajeno. Al hecho de haber dirigido cursos sobre la tolerancia –en Alemania y en España– le debe mucho el libro que reseñamos. Un libro, un buen libro, tiene que ser vida antes de ser tinta.

La obra tiene una parte histórica y otra sistemática. En la histórica se analiza el concepto de tolerancia en las fuentes clásicas del Derecho canónico, en los pactos y tratados que se firmaron en los años de la ruptura de la unidad espiritual de Centroeuropa, y en los grandes Estados germánicos –Prusia y Austria– durante la Ilustración. En la parte sistemática se examina el concepto de tolerancia en el Derecho internacional y en los textos legales vigentes de Alemania y España.

En España se ha escrito poco sobre la tolerancia, probablemente porque no ha sido ésta una virtud española. Y no ha sido una virtud española porque las convicciones de los españoles han sido –*generaliter loquendo*– superficiales. La superficialidad lleva a la intolerancia. Quien tiene convicciones arraigadas y vividas con hondura es tolerante. Y es inútil educar en la tolerancia: hay que educar en la creencia –en la creencia religiosa o en la simple creencia del profundo respeto que merece el otro, sea como sea y piense lo que piense–. Sólo con convicciones firmes –morales o éticas– se es tolerante.

Ese mismo fenómeno individual se reproduce a escala estatal. Sólo cuando un Estado tiene un sólido sistema de valores puede ser tolerante. Como escribe la profesora María Roca, la aplicación de la tolerancia supone dos premisas: una determinada postura a favor de un valor concreto, y la necesaria adecuación del ciudadano a ese valor del Estado. Cuando para la dignidad de ese ciudadano –perteneciente, por lo general, a una minoría con otra escala axiológica– resulte gravosa la adecuación de su conducta al valor, el Estado puede adoptar una decisión de tolerancia.

Después de leído este libro se entiende la cita, más lírica que filosófica, que lo encabeza: lo que hace este libro es coger una palabra –la palabra tolerancia–, abrirla, desgranarla, y hacerlo todo con extremo cuidado –como acariciándola–, para sentirse la autora inundada de su riquísimo contenido, y encerrarla después entre la cubierta y la contracubierta de un libro. Al final, la palabra calla. Muda queda la palabra hasta que un lector –cada lector–, al coger el libro entre sus manos, la hace resonar en su mente.

En una extremada síntesis de la evolución de la idea de tolerancia que desarrolla la autora en los primeros capítulos del libro, podría señalarse lo siguiente: la tolerancia no es, en las fuentes clásicas del Derecho canónico,

una virtud individual, sino un criterio de flexibilidad en las relaciones de la autoridad con los destinatarios del Ordenamiento jurídico. En evitación de males mayores –genéricos o individuales– la autoridad suaviza el *rigor iuris* con el ingrediente de la tolerancia. Con la llegada de la Reforma, la tolerancia pasa a ser un instrumento de paz: en aras de la pacífica convivencia, los Estados centroeuropeos toleran a quienes no profesan la religión oficial. No se olvide que uno de los territorios europeos más afectados por la Reforma –lo que hoy se llama Alemania, y ellos llamaron durante siglos *Ostfrankenreich* o *regnum teutonicum*– aglutinaba más de trescientos Estados, muchos de ellos minúsculos, y la población de cada uno de ellos quedaba, en principio, sometida a la adscripción religiosa de su soberano. En el siglo XVIII el fenómeno religioso se aleja sin embargo de la esfera política. No hay ya religión de Estado. El Estado es indiferente a las opciones religiosas. La tolerancia, en sentido estricto, desaparece, y le sucede el indiferentismo.

De los textos internacionales sobre derechos humanos que analiza la autora –la Carta Fundacional de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración de Derechos del Niño (1959), la Declaración sobre fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos (1965) y la Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación social al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra (1978)–, deduce la profesora Roca que no existe en ellos un concepto positivo de tolerancia. Sólo queda claro en ellos lo que es intolerancia; más aún: si se trata, forzando el enfoque de esos textos, de acuñar un concepto en términos positivos, no resulta una idea distinta del indiferentismo que ya había aparecido en los textos de la Ilustración.

El penúltimo capítulo del libro no es fácil de resumir. En él encontrará el lector un interesante análisis de la jurisprudencia constitucional alemana sobre símbolos y prácticas religiosos cuya conservación se acabará planteando también entre nosotros: la oración en la escuela, la bendición de la mesa en los jardines de infancia, el crucifijo en las aulas, el belén navideño, la indumentaria religiosa de los profesores... La proverbial sensatez alemana puede inspirar futuras decisiones judiciales y legales españolas. No sólo este capítulo, sino el libro entero serían de lectura muy recomendable para quienes en casos concretos o con generalidad han de decidir entre nosotros sobre estas cuestiones, en las que una tolerancia bien entendida ha de desarrollar un papel esencial.

Se pregunta la autora, en el último capítulo, por la idea de tolerancia en el Derecho español. Empieza analizando la voz tolerancia en los diccionarios jurídicos, y sigue luego con una revisión de los tratados, manuales y monografías de Derecho político, de Derecho Eclesiástico del Estado y de Filosofía del Derecho, y con el examen de las normas y las resoluciones judiciales que invocan la tolerancia. Las conclusiones pueden parecer descorazonadoras: el discurso de la doctrina está alejado del discurso legal y jurisprudencial; la tolerancia no puede ser considerada un concepto ni un término jurídico. Pero también concluye la autora que la tolerancia es un valor. Ahí está la clave, y ahí está el reto que la tolerancia nos plantea a todos: a legisladores, a jueces, a ciudadanos. Frente un Ordenamiento –como el nuestro– cada vez más alejado de los valores y cada vez más próximo a un esquema deshumanizado, los agentes jurídicos deben aportar valores positivos que nutran ese esquema exangüe: y la tolerancia es uno de ellos.

No debe silenciarse el breve y valioso prólogo del libro, firmado por el prof. Christian Starck, Presidente de la Academia de Ciencias de Göttingen. Hay en él ideas sólo apuntadas, pero que deben tenerse en cuenta: el Estado no puede franquear, en aras de la tolerancia, el límite que constituyen los derechos fundamentales, de un lado, y las normas prohibitivas de conductas, de otra. De hacerlo caería en la arbitrariedad o en la debilidad. Y otra idea que no debe perderse de vista: no sólo la mayoría debe tolerar a la minoría, sino que también la minoría debe tolerar a la mayoría. En una idea esta última que cobra especial relevancia en nuestra España de hoy: también la mayoría –y sus valores, aunque sólo se trate de valores sociológicos– merece el respeto de la minoría.

Margarita FUENTESECA
Catedrática de Derecho Romano
Universidad de Vigo

YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *Culpa civil y daño extracontractual originado por una persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 22, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, 255 pp.*

La monografía de la profesora Yáñez Vivero aborda una cuestión de gran atractivo jurídico por la confluencia de dos sectores en continua evolución y siempre actuales: el Derecho de daños y el Derecho de las personas con discapacidad. Y lo hace, como indica su propio título, desde la perspectiva del Derecho europeo de daños. Esta perspectiva no hace que el análisis del ordenamiento jurídico español deje de ser exhaustivo, que lo es; si a ello se añade un profundo conocimiento del Derecho comparado sobre la materia a tratar (que incluye las principales legislaciones europeas –especialmente, aunque no sólo, la italiana–, de Estados Unidos, América del Sur, etc.), y sobre ese amplio conocimiento, se vierte una honda y sosegada reflexión, es fácil imaginar que nos hallamos ante una obra profunda y completa.

La autora parte de una premisa, que de un modo u otro late en toda la obra, y que hace que la misma tenga personalidad propia: la insistencia en que la responsabilidad (extracontractual en este caso) de las personas con discapacidad no es una carga más a sumar a su propia limitación, sino que por el contrario, es un factor que puede contribuir a la afirmación de su dignidad, y por supuesto, a su plena integración en la sociedad. De alguna forma, es la traslación del *no hay libertad sin responsabilidad*. Pues bien, la autora nos va llevando por un camino en el que no hay más remedio que concluir que *no hay dignidad sin responsabilidad*.

Y ciertamente esta óptica de igualdad e integración es la que debe presidir cualquier consideración sobre la discapacidad. Dicha óptica, comúnmente aceptada en nuestro entorno desde hace décadas, pasa a ser *obligada* para España, tras la ratificación de la decisiva Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Dicha Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y sobre ella ya ha habido pronunciamientos del Tribunal

Supremo (cfr. STS de 29 de abril de 2009). Si su artículo 12 proclama el *Igual reconocimiento como persona ante la ley* y en concreto que «2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*», no sería lógico aplicar tratamiento radicalmente distinto al punto de la responsabilidad patrimonial por hecho propio.

La obra de la profesora Yáñez llega a esta conclusión, pero desde un enfoque neutro, que parte de un análisis sin prejuicios ni *proteccionismos*, llegando a este corolario de modo natural. Y digo de modo natural, porque encaja con otros principios concurrentes como la protección de la víctima, o el principio culpabilístico, que no ha dejado de ser uno de los criterios de imputación propios de nuestro sistema de Derecho de daños.

Se estructura la monografía en torno a cinco capítulos, el primero de ellos con cuestiones preliminares y el último con reflexiones conclusivas. El centro de gravedad es la responsabilidad extracontractual, y por ello, el esquema de la obra se centra en los elementos de ésta, eligiendo los que quedan modalizados por el hecho de que el autor del daño esté afectado de una discapacidad psíquica o intelectual.

Los Preliminares de la obra se centran, como no podía ser de otro modo, en la presentación del objeto de estudio y en plantear la necesidad de reformular la responsabilidad civil de las personas incapaces en nuestro sistema. Es sabido, que desaparecido el artículo 32 CC, nuestro sistema proclama la responsabilidad de padres y tutores por daños causados por menores y tutelados, pero sin aclarar exactamente cuál es la responsabilidad propia de éstos. La doctora Yáñez sitúa la cuestión en su contexto actual adelantando el núcleo de su propuesta: que la culpa, como fundamento o criterio de atribución de la responsabilidad, no deje fuera a personas que tengan unas particulares características subjetivas, sean éstas inferiores o superiores a las del hombre medio (p. 28). Aclaradas cuestiones terminológicas, se hace referencia a los *Principles of European Tort Law (PETL)* elaborados por el *European Group on Tort Law*, que no pretenden desplazar las normas existentes en cada uno de los Derechos privados nacionales, y carecen de carácter vinculante para los ciudadanos de la Unión Europea, pero que pueden servir de guía orientadora para particulares, jueces y legisladores. No en vano estos principios ya han sido objeto de atención por nuestro Tribunal Supremo, de forma que podrían convertirse en fuente complementaria de integración de los ordenamientos nacionales (p. 33).

El capítulo II, como ya adelantaba, analiza los elementos de la responsabilidad civil extracontractual que afectan al supuesto de estudio. El elenco clásico de elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil consta de una acción u omisión, que ha de ser antijurídica (contraria a Derecho), productora de un daño en un tercero, existiendo un nexo de causalidad entre ambos (acción u omisión y daño), y existiendo un criterio que permita imputar dicha responsabilidad en el demandado, criterio que normalmente es la culpa, aunque la Ley admite otros. Cada uno de estos elementos plantea infinidad de cuestiones de interés. La autora atribuye el mayor peso específico al que interesa a las características especiales del causante del daño, y que es el de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Prueba del protagonismo que le atribuye es precisamente el título de la obra: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*.

En estas coordenadas, el capítulo II se estructura en tres apartados: el primero de ellos, dedicado a la imputabilidad civil, un elemento presunta-

mente ínsito en la idea de culpa (que la autora se encarga de reinterpretar), el segundo, dedicado a la culpa civil del incapaz, y el tercero a la relación de causalidad. Respecto a la discutida y discutible imputabilidad civil, identificada por algunos con la capacidad discernir la trascendencia de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto, Yáñez Vivero afirma que se trata de una «noción en crisis que deber ser superada y sustituida por aquella que la conciba como atribución o asociación de un daño a una determinada persona en función de diversos criterios independientes, todos ellos, de la capacidad del sujeto» (p. 44).

A continuación, en lo que a mi modo de ver constituye una de las partes fundamentales de la obra, se aborda, en el apartado II de este capítulo II, la culpa civil (y en su caso, el dolo) concurrente a la acción dañosa del incapaz. Es conocida la dificultad de definición del concepto culpa, y la autora va exponiendo los diferentes intentos hechos en torno a la desviación de un modelo de conducta (p. 46), la previsibilidad del daño (p. 49) o la configuración subjetiva u objetiva de la misma (p. 51), todo ello con un enriquecedor enfoque de Derecho comparado. El criterio objetivo, propio de la legislación francesa (culpa como constatación de la violación de un deber u obligación antijurídica o *faute objective*, error objetivo de conducta) presenta carencias, al no tener en cuenta las características psicofísicas del agente del daño, pero el subjetivo, que sí lo hace, puede llegar a exonerar de responsabilidad a persona incapaz por considerar que no se le puede exigir el canon de diligencia propio del ciudadano normal (p. 53), lo que tampoco resulta satisfactorio en todo caso. Si ha de inclinarse la balanza en alguna dirección, la doctora Yáñez considera más justo el patrón o canon subjetivo de culpa, pero siempre que permita aplicar diferentes modelos de conducta. Esta «resubjetivización» que propone –inspirada en el Anteproyecto suizo de responsabilidad civil y en la doctrina italiana– se materializa en la apreciación de variaciones subjetivas del estándar que no dejen fuera de la responsabilidad civil ni a las personas superiores ni inferiores a la media (pp. 57 a 59). Una de las virtudes de esta obra es que ninguna cuestión importante queda simplemente apuntada sino que se entra a fondo y en concreto, se describen con el detalle suficiente los parámetros para elaborar el modelo de conducta exigible a las personas incapaces (pp. 59 a 61). O sea, que se nos propone el mantenimiento del fundamento de la responsabilidad civil basado en la culpa, medida ésta con unos parámetros adaptados a las circunstancias concretas no de la persona en cuestión, sino del grupo de personas al que aquélla pertenece, y para ello se nos dan unas pautas razonablemente concretas. En esta línea, los *PETL* reflejan también una culpa subjetiva objetivada, es decir, adaptada a determinados estándares de conducta en función de circunstancias de edad, discapacidad física o psíquica, pero fijadas de modo genérico (p. 64).

Otra de las virtudes de la monografía –muy de agradecer para el lector– son las recapitulaciones, con sus reflexiones conclusivas, que la autora va intercalando en los lugares oportunos. En ese sentido, resulta muy útil la de cierre acerca del concepto de culpa en sí mismo (al margen del estándar de comparación). Se defiende que «la exigencia de la capacidad o de previsión o de representación del resultado dañoso debería ser sustituida por la capacidad de comprensión o reconocimiento del resultado dañoso» (p. 66), capacidad para reconocer el resultado que habrá de medirse de acuerdo a ciertos parámetros objetivados o tipológicos (p. 68).

El apartado III del capítulo II se ocupa, con mucha más brevedad que el anterior, de la apreciación de la discapacidad en la culpa de la víctima, de cara a su interferencia en la relación de causalidad. En coherencia con el planteamiento global de la obra, ha de mantenerse que la conducta concurrente de la víctima, aunque sus facultades mentales estén limitadas, pero en la que se pueda apreciar una cierta culpa, de acuerdo con ciertos estándares de conducta, ha de ser considerada causa de reducción de responsabilidad y por tanto de la correspondiente indemnización (p. 74). No acaba aquí, no obstante, el análisis de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, porque en otro lugar de la obra se estudian algunos aspectos específicos del daño causado por el incapaz (el daño moral ocasionado por el incapaz como objeto de resarcimiento por parte de su tutor o guardador, o los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de una casa, pp. 182 a 184).

Hecho el análisis de los elementos de culpa y relación de causalidad, el capítulo III examina de modo global (es el capítulo más extenso de la monografía) todo lo referente a los sujetos responsables. La autora critica el sentido del planteamiento del Derecho positivo: partir de la responsabilidad de padres y tutores y no del propio incapaz, es decir, una responsabilidad preconcebida, por definición como por hecho ajeno. Cuando, como va demostrando a lo largo del capítulo, debería configurarse como principal y directa, sin perjuicio de la responsabilidad de otros sujetos. Por ello, este capítulo se divide en tres apartados: el primero, dedicado a la principal de sus propuestas, a saber, la responsabilidad civil del sujeto incapaz por sus propios actos, el segundo la responsabilidad de otros sujetos por el acto ilícito del incapaz, y el tercero, completando los dos anteriores, el tratamiento de ambas responsabilidades en el Código penal.

El apartado I de este capítulo III comienza, a modo de introducción, con una referencia a la legitimación del incapaz para actuar en otros ámbitos jurídicos (pp. 75 y ss.); el hecho de que el régimen general de los contratos celebrados con incapaces sea el de la anulabilidad, susceptible por tanto de confirmación; el reconocimiento de la «contractualidad de la vida cotidiana» (p. 80), así como la responsabilidad contractual del deudor, incapaz en el momento de cumplimiento de la prestación (p. 82), son indicadores del reconocimiento de cierta autonomía contractual del incapaz que sirve de argumento de apoyo para la afirmación de su responsabilidad fundamentada en la culpa.

Centrándose en la responsabilidad civil extracontractual, el apartado II de este capítulo muestra una panorámica del tratamiento de la responsabilidad por hecho propio del incapaz, tanto en nuestros antecedentes legislativos y Derecho actual (p. 86 a 90), como en el Derecho comparado, agrupado en torno a los ordenamientos que se basan en la ausencia de responsabilidad del incapaz y que como posible criterio de atribución de la obligación de indemnizar acuden a la equidad, o incluso a una responsabilidad objetiva (Italia, pp. 94 y ss.; Alemania, p. 101, etc.) frente a otros sistemas que se basan en la plena responsabilidad del incapaz sobre la base de una culpa más o menos objetivada (Francia, pp. 88 y ss., sistema del *Common Law*, pp. 105 y ss.). La referencia a estos sistemas no se limita a una mera descripción de Derecho comparado, sino que se exponen las actuales propuestas doctrinales en los países respectivos (en especial, la propuesta *Bozza Cendon*, en Italia, pp. 98 y ss.). Los países mencionados aquí no son más que una muestra de los expuestos en la monografía: Suiza, Portugal, Perú, México, etc.).

Tras unas reflexiones sobre un tema conexo –la incapacidad voluntariamente buscada por el sujeto que la padece (p. 108)– con las que se concluye este apartado II, el apartado III del capítulo III realiza (ése es su título) una «Propuesta de formulación de un estatuto jurídico de responsabilidad civil extracontractual de la persona incapaz». Así enunciado, queda claro que recoge la esencia de la obra. A lo largo de seis puntos, en los que se van abordando los posibles diversos fundamentos de una eventual responsabilidad del incapaz (responsabilidad objetiva, p. 110; conducta descuidada del agente como posible origen de la responsabilidad, p. 111; equidad, p. 113; culpa, p. 118; o incluso las «expectativas razonables de la víctima», p. 116), la autora va construyendo un razonamiento, que le lleva a sostener la plena responsabilidad civil principal –y no subsidiaria– de las personas con discapacidad y ello por el repetidamente citado fundamento de la culpa, entendido como «desviación de un cierto estándar de conducta adaptado a las personas que se encuentran en esa situación (cfr. art. 4:102 de los *PETL*)» (p. 120). Y para sostener esta responsabilidad no hace falta recurrir a principios constitucionales, cuya eficacia para este caso sería discutible (p. 121) sino al propio sistema de responsabilidad civil, basado en un patrón de culpa subjetivo, atemperado por ciertos parámetros tipológicos, desligados por completo de las expectativas razonables de la víctima, es decir, de su cognoscibilidad o no de la deficiencia o discapacidad de la persona que le cause el daño, de su capacidad de entender y de querer, y sin perjuicio, naturalmente, de los supuestos legales de responsabilidad objetiva (pp. 121 y 122).

El apartado II de este capítulo III estudia lo que para el Código civil es, justamente, la base del sistema: la responsabilidad de los guardadores por hecho ajeno: el daño causado por el incapaz. En el análisis de los aspectos generales, que abre este apartado, destaca el de la culpa propia de los guardadores como fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno; culpa *in vigilando*, que se mantiene en los *PETL*, con una inversión de la carga de la prueba, que le impone demostrar que «ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión» (art. 6:101 *PETL*). Con buen criterio, la profesora Yáñez advierte de los peligros de una aplicación automática de esta inversión, pues «... cada vez resulta más forzado establecer una relación causa-efecto entre la falta de vigilancia del guardador y el acto dañoso causado por el incapaz... y que debería hacernos pensar si hoy, abandonado el planteamiento de custodia y sobreprotección que antes tenía la tutela, sigue teniendo sentido mantener esa inversión de la carga de la prueba» (pp. 130 y 131). Por eso propone la acreditación y prueba por parte del demandante de la existencia de la culpa del sujeto cuya responsabilidad se solicita (y no la presunción) con valoración de circunstancias como el conocimiento de la gravedad o trascendencia de la anomalía del sujeto a guarda. Además, su responsabilidad no es la de un sustituto del verdadero agente del daño sino de «un sujeto que se sitúa al lado de éste para reforzar su posición frente a la víctima y garantizar mejor, así, el resarcimiento del daño a esta última» (p. 133). Poner en tela de juicio la inversión de la carga de la prueba es la otra cara de la moneda de la afirmación de la responsabilidad propia del incapaz, tesis mantenida por la autora.

Tras estos aspectos generales se afrontan, en el punto 2 del apartado II, una serie de cuestiones referidas a los requisitos de la responsabilidad de los tutores, en concreto la interpretación de la necesidad de cohabitación con el tutelado (p. 135) sobre todo en los casos de personas jurídicas tutoras (p. 140). A la vista del creciente número de tutelas atribuidas a fundaciones públicas o

privadas, este tema apuntado en la monografía será a buen seguro, objeto de futuros estudios y de una atención más detallada por parte del legislador.

En la guarda, y en general, en el ámbito de relaciones diarias con el incapaz concurren otra serie de sujetos, cuya responsabilidad ha de ser analizada, al margen de que no entren en sentido estricto en el supuesto de hecho del artículo 1903 CC. En concreto ha de conocerse la posible responsabilidad de los guardadores de hecho (pp. 147 y ss.), generalmente familiares; del psiquiatra y de los centros sanitarios que tratan al enfermo (pp. 157 y ss.); del empresario, de las Administraciones públicas, de los aseguradores, etc. de todo ello se trata en el punto 3 del apartado II del capítulo III.

La descripción de cada uno de estos posibles sujetos responsables va seguida de otro punto (el 4) en el que se analizan algunos problemas comunes a todos ellos: la prueba liberatoria de su responsabilidad por hecho ajeno (p. 173), así como los posibles ingresos derivados de la indemnización de sus propios daños sufridos en el ejercicio de su función tutelar, en aplicación del artículo 220 CC, o de una eventual acción de reembolso con base en el artículo 1904 CC, que hoy por hoy no es contemplada expresamente (pp. 177 y ss.).

Cualquier estudio de responsabilidad civil ha de tener presente que la responsabilidad civil derivada de delito es *civil*. Por eso, es insoslayable la referencia a las normas del Código penal sobre este punto. Y ello con particular relevancia en este caso por cuanto «Será altamente frecuente que el ilícito dañoso originado por la persona incapaz constituya un delito o falta tipificado en el Código penal» (p. 185). En la monografía comentada, se dedica a este punto el apartado III y último del capítulo III. En este apartado la autora efectúa un desdoblamiento coherente con los dos apartados anteriores del capítulo III. Es decir, primero, en el punto 1 aborda la responsabilidad civil del propio incapaz derivada de un ilícito penal (pp. 185 y ss.) y en el punto 2, la de los tutores y guardadores por el ilícito penal cometido por el incapaz (pp. 191 y ss.). De la primera destaca su carácter de responsabilidad por culpa susceptible de ser moderada *ex* artículo 118.1.1.º Cp, y de la segunda (art. 120 Cp) afirma que contiene un tratamiento más razonable de la responsabilidad civil que su «homólogo» artículo 1903 CC, en cuanto que aquél dice que los sujetos que ostentan la guarda legal o de hecho del incapaz responden civilmente sólo si se acredita previamente su culpa o negligencia (pp. 192 y 193). En este sentido, resultan muy interesantes las concordancias y discordancias expuestas entre el régimen del Código civil y el del Código penal (pp. 196 y 197), inclinando la balanza hacia las bondades de este último (pp. 197 y ss.) condensadas en cuatro puntos, a cuya lectura remito. Y en cualquier caso, propugnando la necesidad de unificación ante una dualidad normativa que no por conocida y tratada deja de ser problemática (punto 5, pp. 199 y ss., y también capítulo IV).

De forma más sucinta, el capítulo IV, sobre la base de lo ya expuesto, aporta la visión diríamos «dinámica» del sistema, a saber: la relación entre las diversas responsabilidades concurrentes y la reparación del daño.

En el apartado I de este capítulo se trata de la pluralidad de personas responsables civiles del daño originado por un incapaz y, en coherencia con su planteamiento de fondo, afirma la autora «... entiendo, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de este estudio, que la responsabilidad por “otros”, en este ámbito, tiene su razón de ser cuando el sujeto “dependiente” sometido al control o vigilancia del “vicario” no es, en absoluto, responsable, porque entonces el “ansia de resarcimiento” que inspira el Derecho de Daños debe

buscar necesariamente un sujeto a quien atribuir los daños de “otros”. Sin embargo, cuando ese sujeto –dependiente de otro– es responsable porque, aun incapaz, es susceptible de incurrir en culpa, carece de sentido concebir la responsabilidad por “otros” como una responsabilidad principal y solidaria» (p. 205). Por eso critica la responsabilidad solidaria, frente a la víctima del daño, entre los llamados «causantes» del daño (el autor incapaz y sus guardadores) propugnada por los *PETL* (arts. 9:101 y ss.), tanto porque a su juicio, no hay justificación suficiente para la solidaridad, aunque sea externa, cuanto por la dudosa calificación de «causante» del daño en el caso del guardador (pp. 207 y ss.). La solidaridad sólo sería justificable cuando se acredite la culpa de ambos «causantes» del daño (el guardador lo sería, en su caso, de forma indirecta) y no se puedan deslindar justificadamente sus respectivas responsabilidades. El guardador respondería de forma subsidiaria si el incapaz resulta ser declarado único responsable del daño (bien por culpa o por otro de los fundamentos aplicables, como los casos de responsabilidad objetiva) pero fuese insolvente. Si el incapaz no resulta responsable (porque no hay culpa, en los términos expuestos a lo largo de toda la obra), el guardador respondería por culpa propia (y por cierto, con presunción de la carga de la prueba) porque la propia discapacidad elevada que le exonera de culpa, hace que se eleve el nivel de vigilancia que tendría que haber llevado a cabo el guardador, cuya ausencia o no suficiencia, ha determinado el resultado dañoso. Daño que evidentemente no tiene porqué ser soportado por la víctima.

El apartado I de este capítulo IV termina con una referencia a la vertiente procesal del problema (punto 3). Por su parte, el apartado II del capítulo IV concreta diversos aspectos relativos a la indemnización a pagar y su posible fundamentación o *rectius*, su cuantificación, con arreglo a criterios de equidad. Es ésta una cuestión no resuelta directamente ni en nuestro ordenamiento ni en los *PETL*, al menos no de forma específica para los daños causados por incapaces. En cualquier caso, «el *quantum respondatur* podría quedar sometido a las reglas de moderación equitativa. En *an respondatur*, sin embargo, no» (p. 222), para lo que previamente se han aportado algunos criterios a tener en cuenta (pp. 218 y 219).

El capítulo IV consta además de dos breves apartados referidos al seguro de responsabilidad civil por daños causados por incapaces (apartado III) y a las funciones del Derecho de daños en este ámbito (apartado IV), entre las que destaca la función indemnizatoria o compensatoria, sin descartar –en concordancia con todo el planteamiento de la obra– la función preventiva del daño, pues si el incapaz puede ser culpable, también a él puede ir dirigida esa misión disuasoria de la posible responsabilidad civil.

El capítulo V recoge, con encomiable claridad, las conclusiones finales de una obra cuya fructífera lectura es altamente recomendable a todos los interesados en el Derecho de daños y en la protección de las personas con discapacidad.

Sofía DE SALAS MURILLO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Revistas españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

AGUILÓ REGLA, Joseph: «Fuentes del derecho y normas de origen judicial», en *RGLJ*, núm. 3, 2009, pp. 447 ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «La prescripción en los *PECL* y en el *DCFR*», en *InDret*, 2009-3.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: juicio crítico a la luz de los principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 57 ss.

CARRILLO SANTARELLI, Nicolás: «La inevitable supremacía del *ius cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados», en *RJUAM*, núm. 18, 2008-II, pp. 55 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: «La prescripción en los *PECL* y en el *DCFR*», en *InDret*, 2009-3.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «De nuevo sobre las relaciones entre el Derecho del consumo y el Derecho civil», en *AC*, núm. 14, 2009, pp. 1605 ss.

- GARCÍA TORRES, Jesús: «La tipología de las competencias en la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 231 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El Derecho Civil ante la enfermedad y la muerte», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 51 ss.
- GARRIGUES WALKER, Antonio: «Notas para la conferencia sobre la vivienda: temas básicos jurídicos, económicos y políticos», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 61 ss.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «La escritura otorgada ante notario extranjero», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 287 ss.
- «Ejemplaridad y fe pública», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 163 ss.
- GONZÁLEZ SALGADO, José Antonio: «El lenguaje jurídico del Siglo XXI», en Diario *La Ley*, núm. 7209, 2009.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: «La copia notarial electrónica», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 429 ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «La autotutela en el Derecho Civil común», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 519 ss.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: «El tiempo y el Derecho», en Diario *La Ley*, núm. 7242, 2009.
- PANCORBO LÓPEZ, Manuel Luis: «Los usos del comercio en el sistema de fuentes del Derecho Mercantil», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 347 ss.
- PENA LÓPEZ, José María: «La reforma de derecho civil de Galicia (24-v-95) en materia de fuentes», en *RDP*, núm. 2, 2009, pp. 75 ss.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la: «Interpretación y determinación del alcance de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado», en *InDret*, 2009-3.
- RANÓN FORNS, Ignacio de: «Sobre la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico», en Diario *La Ley*, núm. 7152, 2009.
- SOLER TAPPA, Eduardo: «Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos», en Diario *La Ley*, núm. 7259, 2009.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «El Derecho civil ante los nuevos Estatutos de Autonomía», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 109 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: el caso de los bio-bancos poblacionales», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 9 ss.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Los nombres del transexual», en Diario *La Ley*, núm. 7261, 2009.

- BLANCH NOUGUÉS, José M.^a: «Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código civil», en *RJUAM*, núm. 18, 2008-II, pp. 29 ss.
- BUSTOS MORENO, Yolanda B.: «Sentencia de 28 de Febrero de 2008: Transsexualidad: viabilidad del cambio de la mención de sexo y nombre en el Registro Civil formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas sin necesidad de cirugía de reasignación de sexo: requisitos. Aplicación al caso de la nueva legislación por analogía de la regla contenida en la Disposición Transitoria 4.^a, inciso 3.º CC», en *CCJC*, núm. 80, 2209, pp. 481 ss.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Los desnudos, el Tribunal Supremo y el derecho a la propia imagen», en Diario *La Ley*, núm. 7172, 2009.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: «Intimidación, protección de datos y seguridad: un difícil equilibrio», en Diario *La Ley*, núm. 7276, 2009.
- ESTEVE PARDO, Asunción: «Las patentes sobre resultados de investigación con células madre», en *RJC*, núm. 4, 2009, pp. 1001 ss.
- FERRER RIBA, Josep: «Les fundacions en el Llibre tercer: tipologia, govern i control», en *RJC*, núm. 2, 2009, pp. 317 ss.
- FOLLIA I CAMPS, Robert: «Aspectes principals de la regulació de les fundacions en el Llibre III del Codi Civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2009, pp. 723 ss.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Sentencia de 29 de Octubre de 2008: Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Igualdad ante la Ley. Filiación. Acciones de Filiación. Acción de Impugnación. Filiación no Matrimonial. Impugnación del Reconocimiento», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 807 ss.
- GONZÁLEZ SEOANE, Sol: «El menor ante la nueva realidad jurídica», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1159 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La legitimación del guardador de hecho para la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad: una aporía legal», en *RGLJ*, núm. 3, 2009, pp. 491 ss.
- JIMÉNEZ SEGADO, C., y PUCHOL AIGUABELLA, M.: «La “cámara oculta” frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1.^a, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009)», en Diario *La Ley*, núm. 7152, 2009.
- LLÁCER MATAACÁS, María Rosa: «Autodeterminación informativa y valor positivo del silencio: una lectura crítica del artículo 14 del Reglamento de Protección de Datos Personales», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 169 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «El derecho de libertad de expresión como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008», en Diario *La Ley*, núm. 7131, 2009.
- MANRIQUE PLAZA, Javier: «Conflictos entre protección de datos y publicidad registral», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 373 ss.

- MANZANO BARRAGÁN, Iván: «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 32, 2009, pp. 151 ss.
- MARTÍ MINGARRO, Luis: «Los difíciles límites del derecho a la información», en Diario *La Ley*, núm. 7181, 2009.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro: «Laicidad e igualdad religiosa: algunas cuestiones debatidas», en *AFDUAM*, núm. 13, 2009, pp. 179 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad: algunos supuestos conflictivos», en *RDP*, núm. 2, 2009, pp. 47 ss.
- NICOLÁS MARTÍ, J.: «Las sociedades profesionales en el derecho español: Ley 2/2007, de 15 de marzo», en *AC*, núm. 15, 2009, pp. 1746 ss.
- OLLERO TASSARA, Andrés: «Igualdad, laicidad y religiones», en *AFDUAM*, núm. 13, 2009, pp. 205 ss.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Alimentos a los hijos mayores de edad: cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia», en *RJNot*, núm. 68, 2008, pp. 227 ss.
- POZO MOREIRA, Francisco Javier: «La reforma del Registro Civil por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos», en Diario *La Ley*, núm. 7166, 2009.
- PUCHOL AIGUABELLA, M., y JIMÉNEZ SEGADO, C.: «La «cámara oculta» frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1.ª, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009)», en Diario *La Ley*, núm. 7152, 2009.
- RAMÓN FORNS, Ignacio de: «Orden de los apellidos y discriminación», en Diario *La Ley*, núm. 7233, 2009.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La realización notarial del Derecho: los hechos», en *RJNot*, núm. 68, 2008, pp. 285 ss.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: «Las intervenciones telefónicas y el derecho a la intimidad», en Diario *La Ley*, núm. 7201, 2009.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Identidad genética frente a intimidad», en Diario *La Ley*, núm. 7191, 2009.
- «Incapacitados judicialmente e incapaces: problemática jurídica», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 363 ss.
- RUIZ MIGUEL, Jesús Alfonso: «Laicidad, religiones e igualdad», en *AFDUAM*, núm. 13, 2009, pp. 217 ss.
- STANZIONE, Pasquale: «Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982», en *RDP*, núm. 2, 2009, pp. 95 ss.
- TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: «Imágenes de menores y libertad de información», en Diario *La Ley*, núm. 7241, 2009.

- URIARTE RICOTE, Maite: «La injerencia del ruido aeroportuario en la intimidad domiciliaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008», en Diario *La Ley*, núm. 7222, 2009.
- VALDÈS DAL-RÈ, Fernando: «La calidad de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres», en *AFDUAM*, núm. 13, 2009, pp. 127 ss.
- VAS GONZÁLEZ, Juana María: «Estatuto jurídico del menor en el Derecho Civil italiano», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pp. 2595 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Resarcimiento del daño moral por intromisiones consentidas en el derecho a la propia imagen de menores (en relación al caso Marta del Castillo)», en Diario *La Ley*, núm. 7171, 2009.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel: «Minoría de edad y cómputo del plazo de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia», en *InDret*, 2009-4.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía», en Diario *La Ley*, núm. 7292, 2009.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ADÁN DOMÉNECH, Federico: «Reflexiones sobre la última reforma del juicio verbal arrendaticio», en Diario *La Ley*, núm. 7289, 2009.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Mercado interior, códigos de conducta y protección de los consumidores», en *AC*, núm. 19, 2009, pp. 2262 ss.
- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Responsabilidad civil por accidente de trabajo: cuestiones actuales», en *RJC*, núm. 3, 2009, pp. 693 ss.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Subrogación en los contratos arrendaticios de locales de negocios: contratos subsistentes celebrados antes de mayo de 1985», en Diario *La Ley*, núm. 7164, 2009.
- «Donación modal y conjunta», en Diario *La Ley*, núm. 7232, 2009.
- ALTERINI, Atilio Aníbal: «Rumbos actuales del Derecho de Daños», en *RRCs*, núm. 68, 2009, pp. 6 ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia de 18 de marzo de 2009: Carta de patrocinio fuerte. Asunción de compromisos claros e inequívocos por la patrocinante en caso de impago de la prestataria», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1447 ss.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS GARCÍA, Manuel: «El adquirente de vivienda ante el concurso de acreedores de la promotora», en Diario *La Ley*, núm. 7187, 2009.
- ANDERSON, Miriam: «Conseqüències successòries de la nullitat de donacions dissimulades sota escriptura de compravenda», en *InDret*, 2009-4.
- ANDRÉS DE CORES, Carlos: «Aspectos actuales del hecho de la víctima en el derecho español y rioplatense», en *RGLJ*, núm. 3, 2009, pp. 471 ss.

- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Responsabilidad *ex art.* 1910 CC del arrendatario de vivienda y deberes del arrendador. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 4 de diciembre de 2007», en *RJUAM*, núm. 18, 2008-II, pp. 167 ss.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «La asistencia en tierra en los aeropuertos («handling») y la responsabilidad del prestador del servicio», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 135 ss.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Nuevas perspectivas en la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1237 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva: sobre las SSTs (1.^a) 798/2008 y 869/2008 y (3.^a) de 16 de mayo de 2008», en Diario *La Ley*, núm. 7137, 2009.
- BANAKAS, Stathis: «Voluntary Assumption of Tort Liability in English Law: a Paradox?», en *InDret*, 2009-4.
- BAÑULS, Francisco-Alexis: «El contrato de cesión de créditos en la jurisprudencia», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 239 ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La incidencia de la fuerza mayor en el suministro de energía eléctrica: estudio de la cuestión en la jurisprudencias», en *RRCS*, núm. 75, 2009, pp. 6 ss.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xavier: «Claves para entender la compensación en Europa», en *InDret*, 2009-4.
- BELLO JANEIRO, Domingo: «Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación *in vitro*. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 779 ss.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato», en Diario *La Ley*, núm. 7182, 2009.
- «La deficiente protección del consumidor de viajes combinados», en Diario *La Ley*, núm. 7213, 2009.
- BERNARD MAINAR, Rafael: «Redefinición de la responsabilidad por vicios ocultos en el Código Civil con anterioridad al Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pp. 2305 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales», en Diario *La Ley*, núm. 714731, 2009.
- «De nuevo sobre la protección de los consumidores en los contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», en Diario *La Ley*, núm. 7129, 2009.
- «Comentario al nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *RRCS*, núm. 70, 2009, pp. 5 ss.
- «¿El fin de la responsabilidad contractual?», en *RRCS*, núm. 77, 2009, pp. 6 ss.

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La tributación de las operaciones de cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1295 ss.
- CÁMARA ÁGILA, María del Pilar: «Sentencia de 10 de noviembre de 2008: Repercusión del IVA al comprador. Discusión sobre la procedencia del pago del IVA y de su repercusión al comprador. Interpretación de los contratos», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1129 ss.
- CARPIO FISTAS, Verónica del: «Sentencia de 3 de Octubre de 2008: Desahucio por falta de pago del Impuesto de Bienes inmuebles (IBI) en arrendamiento de local con contrato celebrado con anterioridad a 9-mayo-1985. Consideración del IBI como cantidad asimilada a la renta a los efectos resolutorios del artículo 114, causa 1.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Interpretación extensiva de este precepto», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 695 ss.
- CARRASCO, Ángel, y LYCZKOWSKA, Carolina: «Sentencia de 17 de Julio de 2008: Arrendamiento de servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 639 ss.
- CASADO ROMÁN, Javier: «El proceso monitorio de desahucio por falta de pago como solución de *lege ferenda* a los procedimientos sobre arrendamientos urbanos», en *Diario La Ley*, núm. 7172, 2009.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Determinación del interés «moratorio» del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro: período por el que se devengan intereses y tipo de interés aplicable», en *Diario La Ley*, núm. 7248, 2009.
- COGGIOLA, Nadia: «Asbestos Cases in the Italian Courts: Duelling with Uncertainty», en *InDret*, 2009-4.
- DÍAZ GÓMEZ, M.^a Angustias: «Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art. 61 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios», en *RCD*, núm. 2, 2008, pp. 65 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato», en *Diario La Ley*, núm. 7210, 2009.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Sentencia de 5 de junio de 2008: Lucro cesante: el beneficio (neto) de la venta; Lucro cesante: la pérdida de volumen del negocio: el vendedor puede llevar a cabo la venta frustrada por el incumplimiento del comprador y la posterior venta en la que el vendedor enajenó la máquina destinada a cumplir la primera venta. Interés positivo. En el tráfico mercantil, el fin de la actividad económica es la obtención del beneficio empresarial, por lo que la frustración de una venta necesariamente acarrea la pérdida de su beneficio. Daño emergente. Art. 1106 CC.: Venta de reemplazo. Sistema abstracto de valoración de los daños», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 571 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «El lento camino hacia la europeización del Derecho de los Contratos», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 257 ss.

- FIDALGO LÓPEZ, Ana: «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008», en *AC*, núm. 13, 2009, pp. 1496 ss.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., y LÓPEZ JARA, M.: «El nuevo «desahucio exprés» en el Anteproyecto de Ley de medidas de fomento del alquiler de viviendas: algunas observaciones», en Diario *La Ley*, núm. 7147, 2009.
- GALLARDO CASTILLO, M.^a Jesús: «De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual», en Diario *La Ley*, núm. 7277, 2009.
- GANDOLFI, Giuseppe: «La compraventa en el proyecto de código europeo de contratos de la academia de Pavía», en *RGLJ*, núm. 1, 2009, pp. 7 ss.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: «La enervación del desahucio, hoy», en Diario *La Ley*, núm. 7163, 2009.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «De nuevo sobre las relaciones entre el Derecho del consumo y el Derecho civil», en *AC*, núm. 14, 2009, pp. 1605 ss.
- «*Nova et vetera* en materia de obligaciones», en *RJNot*, núm. 68, 2008, pp. 9 ss.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «Sentencia de 2 de marzo de 2009: Responsabilidad civil del Registrador como consecuencia de la práctica irregular de una anotación preventiva de demanda derivada de un negocio de *fiducia cum creditore*», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1301 ss.
- GARRETA SUCH, José María: «Sobre la responsabilidad de los auditores: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008», en *RJC*, núm. 3, 2009, pp. 779 ss.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M: «El «riesgo de desarrollo»: un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de daños», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 299 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Angels, y MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Sentencia de 9 de Octubre de 2008: Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Obligación de detectar errores y fraudes. Causalidad material y causalidad jurídica. Fin de protección de la norma violada», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 751 ss.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo: «Responsabilidad en la exclusión del socio profesional. Honor y protección de datos personales del socio excluido», en *DN*, núm. 228, 2009, pp. 17 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 7 de Noviembre de 2008: Responsabilidad extracontractual. Daños causados al conductor de un vehículo, que circulaba sin cinturón de seguridad, por el fallo en el mecanismo del airbag», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 985 ss.
- Sentencia de 3 de noviembre de 2008: Exclusión de la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños causados por vehículos a motor de los perjuicios causados a los familiares del conductor, no ocupantes del vehículo en el momento del accidente», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1109 ss.

- «Responsabilidad del prestador de servicios por daños acusados por productos defectuosos», en *RDP*, núms. 7-8, 2009, pp. 49 ss.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «La ejecución forzosa de las obligaciones de entrega de cosa determinada en los procesos de familia (II)», en *RDF*, núm. 43, 2009, pp. 55 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Sentencia de 19 de febrero de 2009: Relación de causalidad e imputación objetiva: deflagración de una bombona de butano; responsabilidad civil por productos defectuosos y por servicios; responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1255 ss.
- INFANTE RUIZ, F. J., y OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», en *InDret*, 2009-3.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Contrato de difusión publicitaria: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 677 ss.
- LAMA AYMÁ, Alejandra: «Sentencia de 1 de abril de 2009: Responsabilidad civil: seguro obligatorio. Daños morales: derecho *ex iure* propio. Supuestos de exclusión de cobertura», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1513 ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil», en *Diario La Ley*, núm. 7141, 2009.
- LÓPEZ JARA, M., y FLORES RODRÍGUEZ, J.: «El nuevo «desahucio exprés» en el Anteproyecto de Ley de medidas de fomento del alquiler de viviendas: algunas observaciones», en *Diario La Ley*, núm. 7147, 2009.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 147 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «Crisis y moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7136, 2009.
- «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», en *Diario La Ley*, núm. 7204, 2009.
- LOZANO CUTANDA, Álvaro: «La responsabilidad medioambiental dos años después: ¿por qué se retrasa su aplicación? problemas y dudas sin resolver», en *Diario La Ley*, núm. 7270, 2009.
- LYCZKOWSKA, Carolina, y CARRASCO, Ángel: «Sentencia de 17 de Julio de 2008: Arrendamiento de servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 639 ss.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 24 de octubre de 2008», en *RJUAM*, núm. 18, 2008-II, pp. 189 ss.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1419 ss.

- MARÍN GARCÍA, Ignacio, y GILI SALDAÑA, M.^a Angels: «Sentencia de 5 de marzo de 2009: Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Relación de causalidad e imputación objetiva», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1341 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sentencia de 2 de Octubre de 2008: Distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial del TS en interés casacional: procedencia del desahucio por precario de la vivienda cedida por los propietarios a su hijo para uso como vivienda familiar; una vez atribuido su uso a la esposa por resolución judicial de separación», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 677 ss.
- MARSAL GUILLAMET, Joan: «Sentencia de 31 de octubre de 2008: Retracto de crédito litigioso. Naturaleza jurídica. Que debe entenderse por crédito litigioso», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1093 ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaime: «Régimen jurídico del contrato de Master franquicia», en *RDM*, núm. 273, 2009, pp. 943 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Contrato de viaje combinado: resolución y responsabilidades», en *RDM*, núm. 273, 2009, pp. 1041 ss.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: «Del daño ecológico a la defensa del medio ambiente», en *RRCS*, núm. 76, 2009, pp. 6 ss.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «En torno a la comisión por devolución de efectos impagados en el contrato de descuento», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 187 ss.
- MARTÍNEZ PIÑEIRO CAMARÉS, Eduardo: «El apoderamiento o mandato preventivo», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 249 ss.
- MERCADAL, Francisco: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la Ley sobre Contrato de Agencia», en *RCD*, núm. 3, 2008, pp. 85 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La elección de la prestación por un tercero en las obligaciones alternativas», en *RDP*, núm. 3, 2009, pp. 33 ss.
- MIR PUIG, Santiago: «Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 15 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7131, 2009.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1183 ss.
- MORILLAS JARILLO, M.^a José: «Sobreendeudamiento y (des)protección de los consumidores», en *DN*, núm. 225, 2009, pp. 5 ss.
- MULLIS, Alastair: «La indemnización a través de una renta periódica en el Derecho inglés», en *RRCS*, núm. 74, 2009, pp. 4 ss.
- MUNAR, Pedro A.: «Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de

aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico», en *InDret*, 2009-4.

MUÑOZ ESPADA, Esther: «Sentencia de 19 de Junio de 2008: Extensión de la hipoteca: Nuevas edificaciones realizadas sobre la finca hipotecada. Falta de enriquecimiento injusto. Consumidores y usuarios. Cláusulas abusivas», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 591 ss.

MUÑOZ MENDO, Pilar: Responsabilidad civil de titulares de centros docentes», en Diario *La Ley*, núm. 7231, 2009.

NAVAS NAVARRO, Susana: «Sentencia de 9 de Julio de 2008: Compraventa: distinción entre la civil y la mercantil, plazo de prescripción del derecho al precio», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 631 ss.

— «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1467 ss.

NISTAL BURÓN, Javier: «Las muertes por suicidio en prisión: la responsabilidad directa de la administración penitenciaria», en Diario *La Ley*, núm. 7139, 2009.

NOGUEROLAS PEIRÓ, Nicolás, y PARDO NÚÑEZ, Celestino R.: «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en Diario *La Ley*, núm. 7293, 2009.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a del Carmen: «Autonomía y accesoriedad en las garantías a primera demanda», en Diario *La Ley*, núm. 7281, 2009.

OLIVA BLÁZQUEZ, Franciscos: «Sentencia de 7 de Julio de 2008: Responsabilidad contractual. Determinación de los daños indemnizables ex artículos 1101 y 1107 CC. No indemnizabilidad de los costes de averiguación del daño», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 661 ss.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., e INFANTE RUIZ, F. J.: «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», en *InDret*, 2009-3.

PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves: «Sentencia de 13 de Noviembre de 2008: Seguro de vida. Seguro de accidentes. Cláusula de exclusión de responsabilidad del asegurador por causa de embriaguez. Diferenciación de cláusulas limitativas de derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras del riesgo. Consecuencias jurídicas. Intereses moratorios en el contrato de seguro», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 1005 ss.

— «Sentencia de 5 de febrero de 2009: Seguros de daños: incendio y montaje de maquinaria. Aplicabilidad o inaplicabilidad del recargo por demora del art. 20 LCS en el supuesto de ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el art. 43 LCS por parte de la compañía aseguradora que, una vez indemnizado su asegurado, pretende que la aseguradora del causante del daño le abone dicho recargo», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1239 ss.

PARDO NÚÑEZ, Celestino R., y NOGUEROLAS PEIRÓ, Nicolás: «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en Diario *La Ley*, núm. 7293, 2009.

- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «El aseguramiento de la vivienda», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 269 ss.
- «Responsabilidad civil por bienes y servicios en el Texto Refundido de la Ley general de la defensa de los consumidores y usuarios», en *RRCS*, núm. 69, 2009, pp. 5 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 4 de Noviembre de 2008: Eficacia de la cesión de créditos frente a los acreedores del cedente. Contrato de *factoring* a través del que se ceden créditos del contratista derivados de varios contratos de obra. Consignación del comitente (deudor cedido) efectuada ante la reclamación de cantidades derivadas de esos mismos contratos por parte de subcontratistas del cedente. Efectos de la cesión frente a los subcontratistas de obra legitimados para ejercitar la acción directa frente al comitente», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 889 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Sentencia de 26 de marzo de 2009: Resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por retraso reiterado en el pago de la renta. Enervación del desahucio en un primer juicio. Interposición posterior de otra demanda de desahucio por un nuevo impago de la renta a su debido tiempo. Imposibilidad de evitar el desahucio pagando el arrendatario antes de ser citado para la vista», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1469 ss.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a Teresa: «Responsabilidad civil de los titulares de centros docentes de enseñanza no superior», en *RRCS*, núm. 74, 2009, pp. 51 ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.^a Carmen: «Sentencia de 21 de enero de 2009: Distribución en exclusiva, calificación jurídica del contrato. Diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución en exclusiva. Contrato de distribución e indemnización por clientela a los supuestos de extinción del contrato de distribución en exclusiva: requisitos. Diferencias entre la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios. Validez de las cláusulas excluyentes de cualquier indemnización a favor del concesionario para el caso de denuncia unilateral del concedente», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1201 ss.
- PETIT LAVALL, María Victoria: «La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 253 ss.
- PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», en *InDret*, 2009-4.
- PINEDA, Liliana: «Condena por daños morales a empresa de telefonía que «secuestró» el ADSL a su cliente», en *Diario La Ley*, núm. 7199, 2009.
- QUESADA SÁCHEZ, Antonio José: «Responsabilidad civil de padres o tutores y centros docentes: algunos supuestos fronterizos y polémicos», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pp. 2355 ss.
- QUINTÁNS EIRAS, María Rocío: «El asegurado ante la crisis de la entidad aseguradora», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 139 ss.
- RAMOS GONZÁLEZ, S.; RIERAROCA, M.; FABIÁN, I; FABIÁN, R.; GASCH, C.: «Sujetos responsables por los daños derivados del uso de un producto peligroso», en *InDret*, 2009-4.

- REQUEIXO SOUTO, Xaime Manuel: «La Ley 22/2007 sobre Comercialización a distancia de Servicios Financieros destinados a los consumidores», en *AC*, núm. 13, 2009, pp. 1477 ss.
- ROCA I TRIAS, Encarna: «El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», en *Indret*, 2009-4.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Mediación y transacción en el Derecho civil», en *RGLJ*, núm. 3, 2009, pp. 545 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Las acciones de *wrongful life* y su problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7224, 2009.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos: «El Texto Refundido de la LGDCU. Notas sobre su alcance y significado», en *RCD*, núm. 3, 2008, pp. 15 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Indret*, 2009-4.
- SANZ ACOSTA, Luis: «La responsabilidad civil judicial (I). Ámbito material», en *RRCS*, núm. 72, 2009, pp. 6 ss.
- «La responsabilidad civil judicial (II). Ámbito procesal», en *RRCS*, núm. 73, 2009, pp. 7 ss.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «La sindicación del préstamo para el desarrollo inmobiliario en el «Corporate Finance». Su posible optimización», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1349 ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «Pago mediante transferencia (bancaria) de crédito y devengo de intereses de demora en las operaciones comerciales», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 189 ss.
- TORAL LARA, Estrella: «Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable», en *AC*, núm. 16, 2009, pp. 1861 ss.
- TORRA I JUANOLA, Albert: «Las trabas de la LOE para liquidar una promotora», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 2003 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Sentencia de 12 de enero de 2009: Responsabilidad civil contractual: daños y perjuicios. Cláusula de sumisión al Derecho español y a tribunales españoles», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1189 ss.
- URIARTE RICOTE, Maite: «La injerencia del ruido aeroportuario en la intimidad domiciliaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008», en *Diario La Ley*, núm. 7222, 2009.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «Liberalización de servicios profesionales y Ley Omnibus», en *Diario La Ley*, núm. 7280, 2009.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7143, 2009.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Reflexiones sobre el momento de la perfección y la invalidez del contrato celebrado en favor de persona que

se designará: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2007», en *RJNot*, núm. 68, 2008, pp. 507 ss.

VICENTE DOMINGO, Elena: «Sentencia de 5 de marzo de 2009: Aplicación temporal del sistema de valoración de los daños personales en accidentes de circulación», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1327 ss.

VIOLA DEMESTRE, Isabel: «Sentencia de 4 de Noviembre de 2008: Naturaleza jurídica del contrato de caja de seguridad. Contrato atípico surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y del depósito. Aplicación analógica del artículo 1.769 CC para determinar el valor de los bienes robados de la caja de seguridad. Presunción *iuris tantum*. La declaración del valor de la actora no es acompañada por indicio de propiedad de los bienes depositados, por lo que se estiman las alegaciones del Banco contrarias a la preexistencia de los objetos antes de su robo en la caja de seguridad», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 871 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ADÁN DOMÉNECH, Federico: «La práctica forense de la ejecución hipotecaria: respuestas a sus principales problemas de aplicación», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 153 ss.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «Nuevas perspectivas de la publicidad registral», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 469 ss.

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapición: Comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 - RAJ 2009/306», *RJN*, núm. 47, 2009, pp. 183 ss.

AZOFRA VEGAS, Fernando: «La hipoteca recargable: realidad o mito», en *Diario La Ley*, núm. 7161, 2009.

BAENA RUIZ, Eduardo: «Apuntes sobre algunas cuestiones acerca de la revisión judicial de la calificación registral», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 1901 ss.

BELLO JANEIRO, Domingo: «Sentencia de 18 de marzo de 2009: Condición de retracto como límite al derecho de propiedad. Plazo de caducidad de la acción de retracto de comuneros desde la consumación de la venta. Condiciones del conocimiento de la venta para el inicio del plazo. *Dies a quo* de la acción retractual en casos de venta judicial en pública subasta. Comienzo del plazo del retracto desde el auto de adjudicación, o su notificación. Legitimación *ad causam*», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1429 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 22 de diciembre de 2008: Propiedad intelectual. Entidades de gestión; tarifas discriminatorias, obligación de licenciar en condiciones razonables, contratos generales», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 1017 ss.

— «Sentencia de 3 de febrero de 2009: Subrogación de tercero por pago mediante ejecución de hipoteca constituida en garantía de deuda. Relación del tercero hipotecante ejecutado con el acreedor que impide la

subrogación en los derechos frente a los fiadores que garantizaban la misma deuda», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1221 ss.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «De nuevo sobre la protección de los consumidores en los contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», en Diario *La Ley*, núm. 7129, 2009.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Sentencia de 9 de Octubre de 2008: Acción de impugnación de acuerdos comunitarios adoptados por la Junta General extraordinaria de una Comunidad de propietarios por entender que habían sido adoptados en contra de lo dispuesto en el artículo 17 LPH. Exigencia de unanimidad y no de mayoría de 3/5 para la construcción de una piscina en zona común. No consideración de una piscina como servicio de interés general sino como obra excepcional», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 737 ss.

CARO SÁNCHEZ, Martín: «Registro de la propiedad y Ministerio Fiscal», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 1925 ss.

CARPIO FIESTAS, Verónica del: «Usufructo de dinero, usufructo viudal y legítima de los descendientes», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1103 ss.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «El derecho de no permanecer en la indivisión», en Diario *La Ley*, núm. 7247, 2009.

ESTEVE PARDO, Asunción: «Las patentes sobre resultados de investigación con células madre», en *RJC*, núm. 4, 2009, pp. 1001 ss.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Actuales perspectivas armonizadoras del derecho de copropiedad por apartamentos en Europa», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 9 ss.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «Sentencia de 2 de marzo de 2009: Responsabilidad civil del Registrador como consecuencia de la práctica irregular de una anotación preventiva de demanda derivada de un negocio de *fiducia cum creditore*», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1301 ss.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael: «Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los 30 días», en Diario *La Ley*, núm. 7186, 2009.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Sentencia de 1 de abril de 2009: Propiedad horizontal. Complejo inmobiliario compuesto por distintos edificios sobre suelo no común. Nulidad de cláusula estatutaria de exención de gastos generales a las parcelas aún no construidas», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1495 ss.

GRACIANO REGALADO, Juan Carlos: «Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro», en Diario *La Ley*, núm. 7209, 2009.

GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «La hipotecabilidad del derecho de usufructo», en *AC*, núm. 20, 2009, pp. 2365 ss.

JÉREZ DELGADO, Carmen: «La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la

- espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pp. 2531 ss.
- HERMOSO MESA, Diego: «Complejos turísticos en Canarias y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 1715 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, M.^a Jesús: «La instalación y supresión del «servicio de piscina» en el régimen de propiedad horizontal a la luz de la jurisprudencia», en Diario *La Ley*, núm. 7134, 2009.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Los ausentes quedan legitimados para impugnar los acuerdos del artículo 17.1.^a Ley de Propiedad Horizontal aunque no manifiesten su discrepancia en el plazo de 30 días desde su notificación», en Diario *La Ley*, núm. 7159, 2009.
- MANRIQUE PLAZA, Javier: «Conflictos entre protección de datos y publicidad registral», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 373 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I) », en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 81 ss.
- MOREU BALLONGA, José Luis: «Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 1769 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Sentencia de 19 de Junio de 2008: Extensión de la hipoteca: Nuevas edificaciones realizadas sobre la finca hipotecada. Falta de enriquecimiento injusto. Consumidores y usuarios. Cláusulas abusivas», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 591 ss.
- NOGUEROLAS PEIRÓ, Nicolás, y PARDO NÚÑEZ, Celestino R.: «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en Diario *La Ley*, núm. 7293, 2009.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Sentencia de 15 de diciembre de 2008: Propiedad horizontal: alteración de elementos comunes: unanimidad. Recurso de interés casacional», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1173 ss.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: «Cuestiones acerca de las inscripciones y anotaciones en el Registro General de la Propiedad Intelectual: especial consideración sobre las anotaciones preventivas», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1309 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino R., y NOGUEROLAS PEIRÓ, Nicolás: «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en Diario *La Ley*, núm. 7293, 2009.
- PEÑASCO VELASCO, Rosa: «El fenómeno de la construcción referido a la figura de la accesión inmobiliaria, en el libro quinto del Código Civil de Cataluña», en Diario *La Ley*, núm. 7271, 2009.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor», en *AC*, núm. 19, 2009, pp. 2237 ss.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel: «Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 1669 ss.

- SÁNCHEZ CEBRIÁN, Joaquín: «Suspensión temporal de la fe pública registral: cómputo del plazo del artículo 207 Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7182, 2009.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Sentencia del 28 de noviembre de 2008: Concepto posesorio. Posesión pública», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1157 ss.
- VAQUER ALOY, Antoni: «La expropiación temporal del usufructo de viviendas desocupadas en la Ley catalana del derecho a la vivienda», en *RGLJ*, núm. 1, 2009, pp. 133 ss.
- ZAHINO RUIZ, M.^a Luisa: «El contenido y el modo de ejercicio de las servidumbres», en *InDret*, 2009-3.

DERECHO DE FAMILIA

- ABAD ARENAS, Encarnación: «Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor», en *Diario La Ley*, núm. 7219, 2009.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «In loco parentis», en *Diario La Ley*, núm. 7240, 2009.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Sentencia de 30 de Octubre de 2008: Disolución y liquidación de sociedad de gananciales convenida por los cónyuges. Atribución por los cónyuges de valor a los bienes integrantes del patrimonio ganancial. Pensión compensatoria entre cónyuges. Rescisión de liquidación de sociedad de gananciales, por lesión superior a una cuarta parte del valor de los bienes cuando fueron adjudicados. Renuncia anticipada a la acción de rescisión por lesión», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 841 ss.
- ACEBES CORNEJO, Raúl: «Deficiencias de las acciones de filiación del Código en materia de legitimación activa, plazos y efectos», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 9 ss.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Nuevos retos ante el Derecho Español de Filiación», en *RDP*, núms. 7-8, 2009, pp. 3 ss.
- BERMÚDEZ TAPIA, Manuel: «El síndrome de alienación parental», en *RDF*, núm. 44, 2009, pp. 255 ss.
- BERNARD MAINAR, Rafael: «Nuevas tendencias del Derecho de Familia: estudio comparativo de los Derechos venezolano y español», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 255 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Sentencia de 5 de Noviembre de 2008: Pensión compensatoria. Finalidad. Ausencia de desequilibrio. Crédito hipotecario que grava vivienda familiar: deuda de la sociedad de gananciales. Determinación del concepto de cargas familiares. Extinción de los alimentos de hijo mayor de edad: irrelevancia de renuncia voluntaria a puesto de trabajo. Mantenimiento de la pensión», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 905 ss.

- «Sentencia 10 de marzo de 2009: El simple pacto de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales no equivale a una renuncia por anticipado a la pensión compensatoria que eventualmente pudiera corresponder a uno de los cónyuges si surgiera una crisis matrimonial. Inexistencia de vulneración de la doctrina de los actos propios», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1397 ss.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Guarda y custodia compartida: ¿se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?», en Diario *La Ley*, núm. 7206, 2009.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», en Diario *La Ley*, núm. 7270, 2009.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», en *RDF*, núm. 44, 2009, pp. 45 ss.
- CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio: «El matrimonio con protección constitucional: puntualizaciones a la Ley 13/2005», en *RGLJ*, núm. 1, 2009, pp. 53 ss.
- ECHIVARRÍA DE RADA, Teresa: «La adopción de menores por *necesidades especiales*», en *AC*, núm. 18, 2009, pp. 2117 ss.
- ENDEMAÑO AROSTEGUI, José María: «La convivencia de hecho en la legislación y jurisprudencia españolas», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 39 ss.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *AC*, núm. 12, 2009.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana: «Régimen familiar y sucesorio de la Vivienda», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 149 ss.
- FERRER VANRELL, María Pilar: «Los Protocolos Familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios (1)», en *AC*, núm. 12, 2009.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «La disposición final 3.^a de la ley 15/2005, de 8 de Julio», en *RDP*, núm. 3, 2009, pp. 57 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El Derecho que la familia necesita», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 103 ss.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Sentencia de 29 de Octubre de 2008: Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Igualdad ante la Ley. Filiación. Acciones de Filiación. Acción de Impugnación. Filiación no Matrimonial. Impugnación del Reconocimiento», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 807 ss.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «La indemnización compensatoria por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código civil», en *RPJ*, núm. 87, 2008, pp. 123 ss.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola: «Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas», en Diario *La Ley*, núm. 7206, 2009.

- MARTÍN MUÑOZ, Ana: «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la propiedad», en *RDF*, núm. 44, 2009, pp. 63 ss.
- MAYAYO CHUECA, Gregorio: «Financiación de la Vivienda: el endeudamiento de las familias», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 35 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Nulidad matrimonial e igualdad», en *AFDUAM*, núm. 13, 2009, pp. 15 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Teresa: «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», en *RDF*, núm. 44, 2009, pp. 25 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7131, 2009.
- «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU», en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009.
- «La rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales: análisis práctico y vías de defensa», en *Diario La Ley*, núm. 7202, 2009.
- «La atribución de la ganancialidad por voluntad de los propios cónyuges», en *Diario La Ley*, núm. 7234, 2009.
- «Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio», en *Diario La Ley*, núm. 7256, 2009.
- «Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad», en *Diario La Ley*, núm. 7267, 2009.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «El guardador de hecho ante la dependencia: Revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones «bajo su responsabilidad», en *Diario La Ley*, núm. 7246, 2009.
- NANCLARES VALLE, Javier: «La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de pareja», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 135 ss.
- PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia», en *Diario La Ley*, núm. 7206, 2009.
- POU AMPUERO, Felipe: «Constitución de pareja estable y consentimiento», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 351 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada (En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009)», en *InDret*, 2009-3.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos», en *RDF*, núm. 43, 2009, pp. 23 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Pruebas biológicas de paternidad, colisión con derechos fundamentales y consentimiento de los progenitores», en *Diario La Ley*, núm. 7158, 2009.
- «Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 715, 2009, pp. 2441 ss.

- «Patria potestad y abandono y desinterés de un progenitor por el hijo», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 171 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Ejecución en sus propios términos de una resolución judicial inejecutable: sobre la imposibilidad de devolver unos menores a la guarda y custodia de su madre biológica y la indemnización sustitutoria a cargo de la administración que había decretado su desamparo», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 193 ss.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (IV)», en *RJNot*, núm. 68, 2008, pp. 305 ss.
- VAS GONZÁLEZ, Juana María del: «La protección del menor en el seno familiar: el «stato de filiazione» en el Derecho Civil italiano», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1193 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ANDERSON, Miriam: «Consequències successòries de la nullitat de donacions dissimulades sota escriptura de compravenda», en *Indret*, 2009-4.
- «La capacitat per a testar de qui té habitualment disminuïda la capacitat natural: l'art. 116 del Codi de Successions», en *Indret*, 2009-3.
- BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric: «Els pactes successoris en el Llibre IV del Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 4, 2009, pp. 953 ss.
- CARPIO FIESTAS, Verónica del: «Usufructo de dinero, usufructo viudal y legítima de los descendientes», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1103 ss.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La aceptación tácita de la herencia», en *RDP*, núm. 2, 2009, pp. 3 ss.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La quarta viudal en el Codi Civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2009, pp. 639 ss.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: «Los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales en sucesiones abiertas con anterioridad a la Constitución de 1978: comentario a la STS de 31 de julio de 2007», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 131 ss.
- FERNÁNDEZ VILLA, José, y MORENO MOZO, Fernando: «Llamamiento «ex lege» a la sucesión «mortis causa» en favor del ulterior descendiente por falta del descendiente intermedio: especial consideración de los casos de indignidad y premoriencia», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 323 ss.
- FOLLIA I CAMPS, Robert: «Els drets fonamentals del dret successori català actual», en *RJC*, núm. 2, 2009, pp. 407 ss.
- GARRIGA GORINA, Margarita: «La successió en el cas d'adopció en el Llibre IV del Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 4, 2009, pp. 983 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Sentencia de 7 de Noviembre de 2008: Fideicomiso de residuo. Amplitud de las facultades dispositivas de la heredera fiduciaria. Interpretación del testamento. Configuración irrestricta de la facultad de disponer por parte del fiduciario. Naturaleza condicional de

- la institución de los fideicomisarios. Exclusión de la subrogación real», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 929 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «Testamentos y pretestamentos: («... sin necesidad de Notario». Artículo 700 CC) », en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 69 ss.
- KARRERA EGIALDE, Mikel M: «Sentencia de 7 de Noviembre de 2008: Sustitución ejemplar. Su finalidad es evitar la sucesión intestada. El sustituyente testa por el incapaz. Los sustitutos heredan al sustituido», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 963 ss.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: «La sucesión intestada del conviviente homosexual (Comentario a y desde la STSJ Cataluña, 9.3.2009)», en *InDret*, 2009-3.
- LÓPEZ RENDO, Carmen: «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 173 ss.
- MORENO MOZO, Fernando: «El doble concepto de sujeto preterible contenido en el artículo 814 del Código Civil», en *AC*, núm. 18, 2009, pp. 2133 ss.
- MORENO MOZO, Fernando, y FERNÁNDEZ VILLA, José: «Llamamiento “ex lege” a la sucesión “mortis causa” en favor del ulterior descendiente por falta del descendiente intermedio: especial consideración de los casos de indignidad y premoriencia», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 323 ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín José: «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 41 ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación», en *Diario La Ley*, núm. 7185, 2009.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «La facultad del albacea, así autorizado, para vender libremente: la legítima como reglamentación de freno, el artículo 901 del Código Civil y otras cuestiones», en *Diario La Ley*, núm. 7222, 2009.
- «Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero», en *Diario La Ley*, núm. 7242, 2009.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa», en *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1213 ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Testamentos electrónicos», en *Diario La Ley*, núm. 7151, 2009.
- «La voluntad en los testamentos electrónicos», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 189 ss.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «La reforma del párrafo 2.º del artículo 1056 del Código Civil», en *AAMN*, núm. XLIV, 200 pp. 57 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «Algunos de los problemas que pueden aparecer a la hora de partir una herencia: especial consideración jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 714, 2009, pp. 1959 ss.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La nueva configuración de la cuarta trebeliánica o cuota libre», en *AC*, núm. 15, 2009, pp. 1733 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALCALÁ DÍAZ, Ángeles: «Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial», en *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 65 ss.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 2009-3.

El trabajo cuestiona la conveniencia de una armonización positiva del Derecho de la Competencia en el seno de la Unión Europea. El Libro Blanco de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2008) pretende solucionar un problema inexistente: la aplicación insuficiente por los jueces y los particulares del Derecho de la Competencia. Sin embargo, la Comisión europea descuida el verdadero problema: la falta de aplicación de la normas sobre defensa de la competencia por parte de las autoridades tanto nacionales como comunitarias.

ALONSO SOTO, Ricardo: «La nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *RCD*, núm. 1, 2007, pp. 21 ss.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Contratos, información, garantías y prácticas comerciales desleales», en *RDPr*, núm. 3, 2009, pp. 3 ss.

BARRANTES DÍAZ, Begoña: «La invocación de intereses generales en procedimientos nacionales de control de concentraciones. La intervención del Consejo de Ministros a la luz de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 11, 2009, pp. 21 ss.

BLANQUEZ PALASI, Luis: «La reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: en busca de la Directiva perfecta, pero ¿existe realmente?», en *Diario La Ley*, núm. 7232, 2009.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana: «Precios predatorios», en *RCD*, núm. 1, 2007, pp. 39 ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo, y LEMA DEVESA, Carlos: «La publicidad adhesiva», en *RCD*, núm. 1, 2007, pp. 15 ss.

FERNANDO MAGARZA, M.^a del Rosario: «La regulación de la publicidad en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual», en *RCD*, núm. 3, 2008, pp. 55 ss.

FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Mociones epistemológicas para el contraanálisis ético y social del Derecho Mercantil», en *CDC*, núm. 50, 2009, pp. 11 ss.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La familia empresarial: su protocolo», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 94 ss.

- GIL NIEVAS, Rafael: «Litigación internacional para el resarcimiento de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 137 ss.
- FRAMIÑÁN SANTAS, Javier: «Sentencia de 20 de Mayo de 2008: El derecho transitorio de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, las relaciones de las Leyes de marcas y de competencia desleal, la prohibición de registrar como marca signos engañosos», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 521 ss.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, núm. 3, 2008, pp. 103 ss.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Contrato de difusión publicitaria: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 677 ss.
- IRAKULIS ARREGI, Nerea: «Publicidad lícita y ética», en *CDC*, núm. 50, 2009, pp. 71 ss.
- «El anunciante en la Ley General de Publicidad», en *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 189 ss.
- LAGUNA, José Carlos: «Las potestades administrativas de investigación en materia de Defensa de la Competencia», en *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 33 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «Publicidad lícita y ética», en *CDC*, núm. 50, 2009, pp. 71 ss.
- LEMA DEVESA, Carlos, y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «La publicidad adhesiva», en *RCD*, núm. 1, 2007, pp. 15 ss.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús: «El nuevo tratamiento jurídico de la empresa en crisis», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 215 ss.
- MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Prácticas comerciales y competencia desleal: Estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (1.ª parte)», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 89 ss.
- «Prácticas comerciales y competencia desleal: Estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (2.ª parte)», en *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 107 ss.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «Los documentos de fidelidad entre proveedores y adquirentes», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 649 ss.
- MASSA, José: «Algunas reflexiones sobre la crisis financiera», en *RDBB*, núm. 115, 2009, pp. 19 ss.
- MONTERO PASCUAL, Juan José: «La transición a la competencia en el transporte ferroviario», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 121 ss.

- NAVARRO RODRÍGUEZ, Sonia: «La aplicación de la práctica de la Ley contra la morosidad: problemática mercantil y procesal», en *RJC*, núm. 4, 2009, pp. 1033 ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Crisis financiera internacional: la respuesta española: introducción (planteamiento de la problemática)», en *RDBB*, núm. 115, 2009, pp. 13 ss.
- PANCORBO LÓPEZ, Manuel Luis: «La prueba de los usos del comercio», en *Diario La Ley*, núm. 7174, 2009.
- «Los usos del comercio en el sistema de fuentes del Derecho Mercantil», en *RGLJ*, núm. 2, 2009, pp. 347 ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, y SOLANA, Diego: «*Press clipping*: competencia desleal y propiedad intelectual», en *RCD*, núm. 2, 2008, pp. 37 ss.
- RAMÓN SAURI, Oriol: «La protección del secreto industrial en los procedimientos judiciales sobre derechos de patente», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 227 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Las invenciones implementadas en ordenador y los programas de ordenador (*software*): patentabilidad», en *DN*, núm. 230, 2009, pp. 5 ss.
- RODRÍGUEZ CÁRCAMO, Juan Manuel: «El artículo 21 del Reglamento de Concentraciones y la eficaz defensa de los intereses de los ciudadanos comunitarios», en *GJ*, núm. 10, 2009, pp. 49 ss.
- RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: «Comunidades empresariales e instrumentales», en *AAMN*, núm. XLVII,
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Los acuerdos de no competencia en los supuestos de transmisión de empresa», en *RDM*, núm. 273, 2009, pp. 893 ss.
- RODRIGO DE LARRUECA, Jaime: «El proyecto de Ley de Navegación Marítima: justificación y novedades de la reforma del Derecho marítimo español», en *Diario La Ley*, núm. 7254, 2009.
- ROY PÉREZ, Cristina: «Cómputo de daños en el ejercicio de la acción indemnizatoria por infracción de patente», en *RJC*, núm. 2, 2009, pp. 355 ss.
- SOLANA, Diego, y PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «*Press clipping*: competencia desleal y propiedad intelectual», en *RCD*, núm. 2, 2008, pp. 37 ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «Las medidas españolas de respuesta frente a la crisis financiera», en *RDBB*, núm. 115, 2009, pp. 29 ss.
- VAQUERO PINTO, María José: «Sentencia de 26 de junio de 2008: Contrato de distribución exclusiva. Compensación por clientela e incumplimiento del distribuidor», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1059 ss.
- VEIGA TORREGROSA, Ainoa: «El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar», en *GJ*, núm. 10, 2009, pp. 67 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones», en *RCD*, núm. 1, 2007, pp. 79 ss.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Notas a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2008 sobre derecho de suscripción preferente de acciones y de obligaciones convertibles en acciones a favor de titulares de obligaciones convertibles en acciones», en *RDS*, núm. 32, 2009, pp. 133 ss.
- ARROYO VENDRELL, Tatiana: «La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *DN*, núm. 229, 2009, pp. 5 ss.
- AZOFRA, Fernando: «Reestructuración de deuda: la transmisión de activos», en *CDC*, núm. 50, 2009, pp. 25 ss.
- BERGES ANGÓS, Iker: «Pactos parasociales», en Diario *La Ley*, núm. 7184, 2009.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», en *RDM*, núm. 273, 2009, pp. 1013 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «El presente incierto del derecho de sociedades», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 453 ss.
- ESCOLANO NAVARRO, José Javier: «La aplicación de las nuevas tecnologías a las sociedades mercantiles», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 125 ss.
- ETCHART, Miguel: «Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Empresa Familiar) », en Diario *La Ley*, núm. 7221, 2009.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», en *RDS*, núm. 32, 2009, pp. 99 ss.
- FAYOS FEBRER, Juan Bautista: «Obligaciones convertibles y derecho de preferencia a la luz de la última reforma societaria y de la jurisprudencia comunitaria», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 483 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Iñigo: «El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la «cuestión de género»», en Diario *La Ley*, núm. 7224, 2009.
- «Las sociedades profesionales de capital», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 35 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Carlos: «La minoría en la sociedad cotizada», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 231 ss.
- FERNÁNDEZ-ARRESTO, Juan: «Reforma de las sociedades cotizadas», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 171 ss.

- GALEOTE MUÑOZ, M.^a del Pilar: «Fusiones transfronterizas intracomunitarias», en Diario *La Ley*, núm. 7273, 2009.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Sobre el arbitraje estatutario. En particular, el de equidad», en *RDS*, núm. 32, 2009, pp. 43 ss.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo: «Responsabilidad en la exclusión del socio profesional. Honor y protección de datos personales del socio excluido», en *DN*, núm. 228, 2009, pp. 17 ss.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel: «La transformación de las sociedades mercantiles (Estudio del nuevo régimen establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)», en *DN*, núms. 226-227, 2009, pp. 5 ss.
- GONZALO ANGULO, José Antonio, y GUIRAL CONTRERAS, Andrés: «Flexibilidad en las normas contables (acepciones y sentido) », en *RDBB*, núm. 115, 2009, pp. 39 ss.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 621 ss.
- JORDÁ GARCÍA, Rafael: «Novedades en materia de autocartera introducidas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (1) », en Diario *La Ley*, núm. 7170, 2009.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Enrique: «Gobierno y responsabilidad en las Sociedades Mercantiles», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 14 ss.
- MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: «La Sociedad Privada Europea: aproximación a una propuesta de reglamento comunitario», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 225 ss.
- MEO, Giorgio: «Acuerdos nulos de sociedades anónimas en Derecho italiano», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 207 ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel, y SANCHO MENDIZÁBAL, Luis: «Sobre la base de cálculo del dividiendo de los accionistas previo a la retribución de las administraciones consistente en participación de beneficios», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 7 ss.
- PADRÓS REIG, C., y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Responsabilidad civil de Administradores de Sociedades», en *RRCS*, núm. 67, 2009, pp. 5 ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «La retribución de los consejeros ejecutivos», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 267 ss.
- «*Ad impossibilia nemo tenetur*: o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores», en Diario *La Ley*, núm. 7136, 2009.

- PÉREZ HERESA, Juan: «Cláusulas de valoración de las participaciones: ¿existe un derecho inderogable a obtener su valor real?», en *CDC*, núm. 50, 2009, pp. 129 ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «El administrador mancomunado nombrado apoderado general de la sociedad», en *CDC*, núm. 50, 2009, pp. 161 ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «La reforma de la sociedad limitada por la Ley 7/2003, de 1 de abril», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 267 ss.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., y PADRÓS REIG, C.: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Consideraciones generales sobre los delitos societarios», en *AAMN*, núm. XLIV, pp. 189 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas», en *Diario La Ley*, núm. 7156, 2009.
- RODRÍGUEZ-PALOMERO SEUMA, Pablo: «De nuevo sobre la retroactividad de la Ley 19/2005, en cuanto limita la responsabilidad de los administradores a las deudas nacidas tras la causa de disolución o concurso», en *Diario La Ley*, núm. 7146, 2009.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores: Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima», en *RDS*, núm. 32, 2009, pp. 79 ss.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Sindicatos de accionistas y control de las concentraciones económicas», en *RCD*, núm. 1, 2007, pp. 131 ss.
- SÁEZ LACAWE, M.^a Isabel: «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», en *InDret*, 2009-3.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Sentencia de 5 de marzo de 2009: Pactos parasociales», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1361 ss.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Sentencia de 30 de Mayo de 2008: Las Cuentas en Participación como fórmula asociativa. Improcedencia de la restitución de la aportación sin previa extinción y liquidación del vínculo societario», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 549 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Junta desconvocada. Junta celebrada», en *RDS*, núm. 32, 2009, pp. 19 ss.
- «El papel de los accionistas y los administradores en la crisis de las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 115, 2009, pp. 113 ss.
- SANCHO MENDIZÁBAL, Luis, y OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Sobre la base de cálculo del dividiendo de los accionistas previo a la retribución de las administraciones consistente en participación de beneficios», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 7 ss.

- SOLÉ RESINA, Judith: «Sentencia de 26 de marzo de 2009: Nulidad del acto constitutivo de la sociedad anónima por objeto o causa ilícitos», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1483 ss.
- TERREROS, Gonzalo: «Grupos de sociedades y concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 245 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros», en *RRCS*, núm. 71, 2009, pp. 7 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- CASTILLA, Manuel: «El derecho de reembolso y el gobierno de los fondos de inversión inmobiliaria», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 35 ss.
- LÓPEZ MATEO, Miguel Ángel: «Asistencia financiera: análisis y crítica del derecho vigente: Ley 3/2009 (I)», en *RDM*, núm. 272, 2009, pp. 541 ss.
- «Asistencia financiera: análisis y crítica del derecho vigente. Ley 3/2009 (II)», en *RDM*, núm. 273, 2009, pp. 853 ss.
- PARADELA AREÁN, Paula: «La sujeción de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor a las reglas de competencia», en *Diario La Ley*, núm. 7185, 2009.
- POBORTSCHA, Alejandra: «Mejor ejecución de órdenes en el mercado de valores», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 121 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Mecanismos jurídicos de protección del cliente inversor frente a las entidades prestadores de servicios de inversión», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 59 ss.
- «La evolución de la normativa autonómica en materia de Cajas de Ahorros», en *RGLJ*, núm. 1, 2009, pp. 87 ss.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: «Instituciones financieras y derecho de la competencia en el contexto actual de crisis», en *RDBB*, núm. 115, 2009, pp. 133 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «La asistencia en tierra en los aeropuertos («handling») y la responsabilidad del prestador del servicio», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 135 ss.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Contratos, información, garantías y prácticas comerciales desleales», en *RDP*; núm. 3, 2009, pp. 3 ss.
- DÍAZ GÓMEZ, M.^a Angustias: «Ámbito objetivo y subjetivo de la integración publicitaria prevista en el art. 61 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios», en *RCD*, núm. 2, 2008, pp. 65 ss.

- GUAYO CASTIELLA, Íñigo: «Libre competencia y distribución de gases combustibles por canalización», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 15 ss.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 53 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta», en *RJNot*, núm. 69, 2009, pp. 147 ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaime: «Régimen jurídico del contrato de Master franquicia», en *RDM*, núm. 273, 2009, pp. 943 ss.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «En torno a la comisión por devolución de efectos impagados en el contrato de descuento», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 187 ss.
- MERCADAL, Francisco: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la Ley sobre Contrato de Agencia», en *RCD*, núm. 3, 2008, pp. 85 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Sentencia de 9 de Julio de 2008: Compraventa: distinción entre la civil y la mercantil, plazo de prescripción del derecho al precio», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 631 ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.^a Carmen: «Sentencia de 21 de enero de 2009: Distribución en exclusiva, calificación jurídica del contrato. Diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución en exclusiva. Contrato de distribución e indemnización por clientela a los supuestos de extinción del contrato de distribución en exclusiva: requisitos. Diferencias entre la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios. Validez de las cláusulas excluyentes de cualquier indemnización a favor del concesionario para el caso de denuncia unilateral del concedente», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1201 ss.
- QUINTÁNS EIRAS, María Rocío: «El asegurado ante la crisis de la entidad aseguradora», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 139 ss.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos: «El Texto Refundido de la LGDCU. Notas sobre su alcance y significado», en *RCD*, núm. 3, 2008, pp. 15 ss.
- VAQUERO PINTO, María José: «Sentencia de 26 de junio de 2008: Contrato de distribución exclusiva. Compensación por clientela e incumplimiento del distribuidor», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1059 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- CREMADES BAÑÓN, Francisco: «Pluralidad de librados en la letra y de firmantes en el pagaré», en *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 7 ss.
- MÚÑOZ PAREDES, M.^a Luisa: «Efectos del concurso del librador y del beneficiario sobre el cheque emitido», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 145 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico de la liquidación anticipada», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 75 ss.
- ALONSO LEDESMA, Carmen: «La reforma en materia de subordinación crediticia», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 59 ss.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS GARCÍA, Manuel: «El adquirente de vivienda ante el concurso de acreedores de la promotora», en *Diario La Ley*, núm. 7187, 2009.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: «La acción directa en el concurso (art. 1597 CC)», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 37 ss.
- BAÑULS, Francisco-Alexis: «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 193 ss.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 123 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia de 7 de octubre de 2008: Acción directa en el contrato de obra y el concurso del contratista. Sometimiento a arbitraje», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1075 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-Ley 3/2009», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 99 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano Carlos: «La nueva fase preconcursal», en *Diario La Ley*, núm. 7272, 2009.
- LINARES GIL, Maximino I.: «Incidencia de los créditos públicos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 133 ss.
- MIR PUIG, Santiago: «Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 15 ss.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y tramitación del concurso», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 355 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 81 ss.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «Cinco meses tras la reforma concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7245, 2009.
- MÚÑOZ PAREDES, M.^a Luisa: «Efectos del concurso del librador y del beneficiario sobre el cheque emitido», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 145 ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La calificación en el concurso de créditos garantizados por terceros», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 381 ss.
- «Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 23 ss.

- ORELLANA CANO, Nuria: «Aspectos procesales de la reforma concursal en el marco del Real Decreto-Ley 3/2009», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 143 ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, M.^a José: «La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de «suspensión» del deber de instar el concurso», en Diario *La Ley*, núm. 7264, 2009.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor», en *AC*, núm. 19, 2009, pp. 2237 ss.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique: «Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 35 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 45 ss.
- «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril», en Diario *La Ley*, núm. 7265, 2009.
- QUINTÁNS EIRAS, María Rocío: «El asegurado ante la crisis de la entidad aseguradora», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 139 ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín José: «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones», en *ADCon*, núm. 17, 2009, pp. 41 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Juan: «La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 85 ss.
- SANJUÁN Y MÚÑOZ, Enrique: «Refinanciación de deuda tras la reforma concursal», en Diario *La Ley*, núm. 7189, 2009.
- SENÉS MOTILLA, M. Carmen: «La integración legal de la «apelación más próxima» en el proceso concursal», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 115 ss.
- SOLER LÓPEZ, Carlos José: «¿Contribuirá efectivamente el Real Decreto-Ley 10/2008 de 12 de diciembre a reducir el número de solicitudes de declaración de concurso de acreedores?», en Diario *La Ley*, núm. 716, 2009.
- TERREROS, Gonzalo: «Grupos de sociedades y concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 18, 2009, pp. 245 ss.
- VEIGA COPO, Abel Benito: «La impugnación de la lista de acreedores en el concurso: los legitimados», en Diario *La Ley*, núm. 7161, 2009.
- YANES YANES, Pedro: «La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio», en Diario *La Ley*, núm. 7161, 2009.
- «La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo», en *RDCP*, núm. 11, 2009, pp. 109 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUILLAUME GANDASEGUI, Guillermo: «La evolución jurídica del silencio administrativo en las licencias urbanísticas», en *RDU*, núm. 250, 2009, pp. 11 ss.
- ARROYO MARTÍN, Isaac: «Estudio de reciente jurisprudencia sobre planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 250, 2009, pp. 89 ss.
- BASSOLS COMA, Martín: «La ordenación territorial y urbanística en el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 15 ss.
- BRAVO REY, Irene: «Anulación de acuerdos de aprobación de PDAIS y selección del agente urbanizador por infracción de los principios de contratación pública», en *RDU*, núm. 250, 2009, pp. 49 ss.
- CABALLERO VEGANZONES, Rodrigo: «Patrimonios municipales de suelo: regulación en la LSOTEX y novedades de la Ley de Suelo y de la LCSP», en *RDU*, núm. 251, 2009, pp. 111 ss.
- CORCHERO PÉREZ, Miguel: «El Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha tras la reforma operada por Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Suelo», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 147 ss.
- DOMINGO ZABALLOS, Manuel José: «Las denominadas «medidas anticorrupción» el texto refundido de la ley de suelo: comentario a la Disposición adicional novela del TRLS-2008», en *RPJ*, núm. 87, 2008, pp. 91 ss.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio: «Silencio administrativo y licencias urbanísticas», en Diario *La Ley*, núm. 7156, 2009.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «Urbanismo y vivienda», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 109 ss.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando: «El estudio de detalle de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: matizaciones de su carácter normativo como instrumento de planteamiento», en *RDU*, núm. 251, 2009, pp. 61 ss.
- HUERGO LORA, Alejandro José: «Sanciones urbanísticas», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 31 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe: «El Nuevo Plan de Vivienda 2009-2012 y sus efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo para vivienda protegida», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 45 ss.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: «La soportable levedad de las licencias urbanísticas», en *RDU*, núm. 251, 2009, pp. 11 ss.
- LEALL GRAU, Mariona: «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por alteración de la ordenación territorial y urbanística», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 117 ss.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier: «Las permutas de solar por construcción futura: problemas en el ámbito tributario», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 105 ss.

- MORENO MOLINA, Ángel: «La Ley Estatal del Suelo de 2008 y la evaluación ambiental del planeamiento como técnica de garantía de la sostenibilidad urbanística: algunas consideraciones críticas», en *RUE*, núm. 19, 2009, pp. 73 ss.
- PADRÓS I REIG, Carlos: «Las entidades ambientales colaboradoras», en *RDA*, núm. 16, 2009, pp. 67 ss.
- PLA TORMO, Begoña, y LATORRE HERNÁNDEZ, Manuel: «El Registro Municipal de solares y edificios a rehabilitar: su regularización en la normativa urbanística valenciana en relación con el nuevo TDLS 2/2008», en *RDU*, núm. 251, 2009, pp. 77 ss.
- ROSADO PACHECO, Santiago: «La estrategia española de desarrollo sostenible 2007 (EEDS) y la gestión de las aguas», en *RDU*, núm. 251, 2009, pp. 149 ss.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María: «Régimen jurídico de la gestión de los residuos nucleares», en *RDA*, núm. 16, 2009, pp. 89 ss.
- ÚBEDA TARAJANO, Francisco E.: «Suspensión de la eficacia de autorizaciones urbanísticas ilegales», en *RDU*, núm. 251, 2009, pp. 35 ss.
- VIGUER PONT, Jordi: «La innecesidad de la licencia de primera ocupación para la declaración de obra nueva: análisis crítico de cuatro resoluciones de la DGRN de diciembre de 2008», en *RDU*, núm. 250, 2009, pp. 75 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», en *REDE*, núm. 30, 2009, pp. 197 ss.
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: «El título ejecutivo europeo», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 243 ss.
- GALEOTE MÚÑOZ, M.^a del Pilar: «Fusiones transfronterizas intracomunitarias», en *Diario La Ley*, núm. 7273, 2009.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El título ejecutivo europeo», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 133 ss.
- GONZÁLEX AVAQUÉ, Luis: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara contraria a la Directiva 2005/29/CE la prohibición de las ofertas conjuntas previstas en la legislación belga», en *GJ*, núm. 11, 2009, pp. 43 ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Augusto: «Las competencias de la Unión Europea, del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de consumo», en *Diario La Ley*, núm. 7171, 2009.
- IGARMENDÍA EZEIZABARRENA, Juan Ignacio: «La eficacia «federalizante» de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal», en *REDE*, núm. 31, 2009, pp. 249 ss.

- LAZARI, Antonio: La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», en *RDCE*, núm. 33, 2009, pp. 501 ss.
- MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Prácticas comerciales y competencia desleal: Estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (1.^a parte)», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 89 ss.
- «Prácticas comerciales y competencia desleal: Estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (2.^a parte)», en *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 107 ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el «Boletín Oficial del Estado»)», en *REDE*, núm. 30, 2009, pp. 135 ss.
- PADRÓS REIG, C., y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.
- RODAS PAREDES, Paola: «Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión Europea: comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008. c-210/06, «Cartesio»», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 261 ss.
- RODRÍGUEZ CÁRCAMO, Juan Manuel: «El artículo 21 del Reglamento de Concentraciones y la eficaz defensa de los intereses de los ciudadanos comunitarios», en *GJ*, núm. 10, 2009, pp. 49 ss.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., y PADRÓS REIG, C.: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.
- SESSANO GOENAGA, Camilo: «Aspectos prácticos y de procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en asuntos sobre marca comunitaria: una visión jurisprudencial», en *GJ*, núm. 10, 2009, pp. 31 ss.

DERECHO PROCESAL

- ADÁN DOMÉNECH, Federico: «Reflexiones sobre la última reforma del juicio verbal arrendaticio», en *Diario La Ley*, núm. 7289, 2009.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», en *REDE*, núm. 30, 2009, pp. 197 ss.
- AROCENA, Gustavo: Reflexiones en torno a la función judicial», en *InDret*, 2009-3.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: «Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional», en *EDJ*, núm. 150, 2008, pp. 131 ss.
- BONET NAVARRO, José: «Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7256, 2009.
- «Sentencia de 12 de noviembre de 2008: Admisión de las diligencias finales en el juicio verbal civil», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1145 ss.
- CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel: «Notariado y jurisdicción voluntaria», en *AAMN*, núms. XLV-XLVI, pp. 431 ss.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: «La ausencia del demandado en el proceso canónico y su incidencia en la homologación de sentencias eclesiásticas», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 95 ss.
- CASADO ROMÁN, Javier: «El proceso monitorio de desahucio por falta de pago como solución de *lege ferenda* a los procedimientos sobre arrendamientos urbanos», en *Diario La Ley*, núm. 7172, 2009.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: Consideraciones en torno a la tutela cautelar en el procedimiento judicial de concurso a la luz de la primera doctrina judicial», en *Diario La Ley*, núm. 7131, 2009.
- COLLADO NUÑO, Miguel Julián: «La audiencia previa. Una aproximación a los antecedentes de esta fase procesal. Su naturaleza. Las referencias en el derecho comparado. Las previsiones del legislador para su adopción», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 15 ss.
- DIEGO, Manuel D.: «Juicio ordinario. Audiencia previa. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. Art. 429 Ley de Enjuiciamiento Civil», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 275 ss.
- DOLADO PÉREZ, Ángel: «La posición de las partes respecto a la documentación aportada y la fijación de hechos controvertidos», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 249 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado constitucional de derecho», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 601 ss.
- «El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial», en *Diario La Ley*, núm. 7191, 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: «La enervación del desahucio, hoy», en *Diario La Ley*, núm. 7163, 2009.
- «La falta de legitimación ya no se puede cuestionar en el recurso de casación civil: reflexiones sobre una jurisprudencia censurable y contradictoria de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, núm. 7238, 2009.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «Algunas consideraciones sobre la jurisdicción voluntaria en el Notariado europeo», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 81 ss.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El título ejecutivo europeo», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 133 ss.
- GIL NIEVAS, Rafael: «Litigación internacional para el resarcimiento de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia», en *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 137 ss.
- GIL NOGUERAS, Luis Alberto: «Las alegaciones en la audiencia previa e intervención judicial», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 209 ss.
- GÓMEZ DE LIAÑO POLO: «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *InDret*, 2009-4.
Análisis de los artículos 129 a 136 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre actuaciones judiciales, en relación al lugar, días y horas hábiles; los plazos y los términos, su cómputo, la improrrogabilidad de los plazos, la presentación de los escritos a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales y la preclusión.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Visión notarial de la jurisdicción voluntaria», en *RJNot*, núm. 70, 2009, pp. 115 ss.
- LEDESMA BARTRET, Fernando: «Política judicial, gobierno de los jueces y control jurisdiccional», en *AAMN*, núm. XLVII, pp. 655 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «El derecho de libertad de expresión como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008», en *Diario La Ley*, núm. 7131, 2009.
- LOREDO COLUNGA, Marcos: «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La imparcialidad en el proceso civil: el derecho a recusar (arts. 99, 101 y 107 a 128 LEC)», en *InDret*, 2009-3.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Los hechos nuevos o de nueva noticia y las alegaciones complementarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7139, 2009.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio: «La revisión de los errores judiciales», en *EDJ*, núm. 150, 2008, pp. 333 ss.
- MEDANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: «El examen de determinados presupuestos del proceso en la audiencia previa: Falta de jurisdicción o de competencia objetiva; cosa juzgada, litispendencia, inadecuación de procedimiento; la homogeneidad en el tipo del procedimiento como requisito de la acumulación de acciones, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 95 ss.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Sentencia de 26 de Septiembre de 2008: Alcance de la litispendencia. Cosa juzgada del laudo arbitral. Prejudicialidad civil», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 655 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio», en *Diario La Ley*, núm. 7256, 2009.
- MOSCARDÓ MORALES-VARA DE REY, Migel: «Arbitraje Vs. Jurisdicción: experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas

- sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales», en *CDJ*, núm. 13, 2007, pp. 305 ss.
- MÚÑOZ SABATÉ, Lluís: «Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial», en *Diario La Ley*, núm. 7128, 2009.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «Práctica y valoración de la prueba documental multimedia», en *AC*, núm. 17, 2009, pp. 2009 ss.
- OLIVER MESTRE, Sara: «Prueba, proceso civil y verdad, derecho positivo, filosofía y lógica», en *Diario La Ley*, núm. 7128, 2009.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio», en *RJC*, núm. 3, 2009, pp. 679 ss.
- PRADA GONZÁLEZ, José María de: «Problemas que plantea la regulación de la jurisdicción voluntaria», en *AC*, núm. 14, 2009, pp. 1616 ss.
- RAMÓN SAURI, Oriol: «La protección del secreto industrial en los procedimientos judiciales sobre derechos de patente», en *RDM*, núm. 271, 2009, pp. 227 ss.
- SAMANES ARA, Carmen: «Excepciones procesales. Su tratamiento. Litisconsorcio necesario, defecto en el modo de proponer la demanda, objeciones procesales análogas», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 183 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Ejecución en sus propios términos de una resolución judicial inejecutable: sobre la imposibilidad de devolver unos menores a la guarda y custodia de su madre biológica y la indemnización sustitutoria a cargo de la administración que había decretado su desamparo», en *DPC*, núm. 22, 2008, pp. 193 ss.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «Aproximación a la nueva regulación del recurso de casación. Perspectivas de futuro», en *EDJ*, núm. 150, 2008, pp. 257 ss.
- SANZ HERMIDA, Ágata M.^a: «Sentencia de 4 de Abril de 2008: Diligencias para mejor proveer: no son formalidades esenciales del juicio, sino un instrumento que el proceso pone al alcance del órgano jurisdiccional para formar su convicción, por lo que son ajenas al impulso de parte y al principio dispositivo. A través de esta actuación procesal el órgano jurisdiccional no puede investigar la realidad procesal –sea subjetiva u objetiva– supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, error o impericia de las partes– pues incurriría en un ejercicio abusivo de este medio procesal», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 507 ss.
- «Sentencia de 6 de marzo de 2009: Carácter excepcional y limitado de la práctica de la prueba en segunda instancia. Reconocimiento de deuda: naturaleza jurídica. Eficacia del reconocimiento de deuda en la valoración y reglas de distribución de la carga de la prueba», en *CCJC*, núm. 81, 2009, pp. 1381 ss.
- SOLSONA ABAD, Fernando: «La mediación en la audiencia previa. La intervención de las partes y la mediación judicial», en *CDJ*, núm. 2, 2008, pp. 43 ss.
- VILLAMOR MONTORO, Pedro Roque: «El recurso de apelación contra sentencias. Problemática actual», en *EDJ*, núm. 150, 2008, pp. 57 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP.	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RRCS	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret	www.indret.com
La Ley	Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, años 2008 y 2009

Ramón CASAS VALLÉS (coord.)(Universidad de Barcelona), **Mariana DE LORENZI** (Universidad de Barcelona), **Asunción ESTEVE PARDO** (Universidad de Barcelona), **Isabel MIRALLES GONZÁLEZ** (Universidad de Barcelona), **Mónica NAVARRO MICHEL** (Universidad de Barcelona), **Carles VENDRELL CERVANTES**, (Uría & Menéndez), **Aura Esther VILALTA NICUESA** (Universitat Oberta de Catalunya).

STC 11/2008, de 21 de enero

Recurso de amparo: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Situación legal de desamparo de menores. Acogimiento preadoptivo, nulidad y restitución de la patria potestad. Guarda y custodia materna. Imposibilidad de ejecución. Indemnización sustitutoria. Irrazonabilidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio. Extralimitación de la competencia jurisdiccional civil. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 24.2 CE.

La decisión del TC tiene su origen en la imposibilidad de ejecución de una resolución judicial, pronunciada en primera instancia, que declara inexistente la situación de desamparo de dos menores y deniega el acogimiento preadoptivo. La particularidad de esta sentencia radica en el reconocimiento del derecho de la madre a recibir una indemnización sustitutoria, que busca resarcir la indebida separación que debe padecer en virtud de no ser posible la reintegración de los niños a la convivencia con ella. La Audiencia hace responsable de su cumplimiento a la Junta de Andalucía. Empleando las palabras del propio TC, dicha singularidad queda plasmada «*en un pronunciamiento (...) ciertamente complejo en su formulación*». La Administración autonómica recurre en amparo. Alega, en primer lugar, que la condena vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva. Sostiene asimismo que la condena civil a indemnizar los daños y perjuicios causados con anterioridad a la fecha de la sentencia declarada inejecutable, comporta una extralimitación sin justificación en la competencia jurisdiccional del Tribunal civil, pues la tarea de evaluar la responsabilidad de la Administración

corresponde de forma exclusiva y excluyente a la justicia contencioso-administrativa. En tercer lugar, aduce irrazonabilidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio, lo cual afecta a la inmutabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Finalmente reprocha una vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial, por cuanto se la hace responsable de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la dilación en la resolución de un litigio provocada por el ambiente de grave enfrentamiento existente entre los órganos judiciales de ambas instancias. Descartados los obstáculos procesales planteados (capacidad de la recurrente como persona jurídico-pública para ser titular del derecho a la tutela judicial efectiva; objeciones de procedibilidad y carácter prematuro de la demanda), el TC entiende que no existe vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que resulta incuestionable la competencia de la jurisdicción civil para ejecutar sus propios pronunciamientos. La peculiaridad del objeto de ejecución y la inexistencia de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores independiente de la consideración del interés prevalente del menor, hacen que la determinación del contenido indemnizatorio presente una gran complejidad. No existiendo una prescripción legal expresa, corresponde al juzgador precisar los conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el valor que entraña la imposibilidad de devolución de los hijos menores a su madre biológica. Realizado el debido control, y analizando el uso de criterios razonables (como la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, la pérdida de los hijos, el tiempo que ha estado apartada de los mismos, el específico sufrimiento derivado de la razonable expectativa de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor, la definitiva pérdida de toda esperanza al acordarse la inejecutividad y la circunstancia de que la hija menor se reintegrara voluntariamente a la convivencia con su madre), el TC rechaza la existencia de vicio de irracionalidad de las resoluciones impugnadas y que la motivación sea manifiestamente irrazonable.

STC 12/2008, de 29 de enero

Cuestión y recurso de inconstitucionalidad, acumulados: Desestimados.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Equilibrio de hombres y mujeres en las candidaturas electorales. Principio de igualdad. Libertad de presentación de candidaturas. Derecho de participación en los asuntos públicos. Instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

Preceptos de referencia: Artículos 6, 9.2, 14, 16, 22 y 23 CE. Art. 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La cuestión debatida gira en torno a la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con «una composición equilibrada de mujeres y hombres», en porcentajes que siempre aseguren un mínimo del 40 por ciento para cada sexo, como exige el artículo 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electro-

ral General (LOREG), introducido por la disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH). La STC resuelve acumuladamente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife (que debía resolver el recurso planteado contra la resolución de la Junta Electoral que denegaba la proclamación de la candidatura formada únicamente por mujeres presentada por el Partido Popular en un municipio canario) y el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de 50 diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados contra la disposición adicional, ya mencionada.

La sentencia empieza situando el exacto contenido de la reforma de la legislación electoral impugnada, que pretende la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, que *«no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otros no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o, lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.»* (FJ 3). Los destinatarios de la norma no son las personas físicas, sino los que pueden presentar candidaturas, es decir, exclusivamente los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y las agrupaciones de electores (como dispone el art. 44 LOREG). Por tanto, no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual, como alegaban los recurrentes, sino que es una condición referida a partidos políticos y agrupaciones de electores. El problema constitucional de fondo se plantea en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16, y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), pero principalmente se centra en la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana.

Centrado así el debate, la libertad de presentación de candidaturas por los partidos no es, ni puede ser, absoluta. El legislador ha impuesto una nueva limitación a esa libertad (existen otras, en atención a ciertos valores y bienes constitucionales protegidos, como pueden ser las referidas a la elegibilidad de los candidatos o a la residencia e incluso se exigen listas cerradas y bloqueadas), basada en la composición equilibrada de ambos sexos, en aras a *«asegurar un representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad»*, como dice la exposición de motivos de la LOIMH. *«Exigir a los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE»* (FJ 5). Si las mujeres suponen la mitad de la población, es razonable arbitrar mecanismos para asegurar que las mujeres accedan al poder público, lo que *«resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados»* (FJ 5).

La limitación de la libertad de presentación de candidaturas de los partidos políticos *«que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental,*

sino una atribución, implícita en la Constitución (art.6) que les confiere el legislador» (FJ 5), es constitucional por tres motivos, expuestos en el FJ 5, VII. En primer lugar, porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9, 14 y 23 CE). En segundo lugar, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador, ya que no hace un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ni plasma un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, sino que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100, proporción que se establece por igual para los candidatos de uno y otro sexo, sin imponer orden alguno. Y en tercer lugar, porque dicha limitación es inocua para los derechos fundamentales de los partidos políticos que, por definición, no son titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo.

Frente al argumento, alegado por los recurrentes, de que la norma impugnada vulnera la libertad ideológica de los partidos (art. 16.1 CE) y la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), el Tribunal Constitucional señala que *«no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o propugnen postulados que pudiéramos denominar «machistas» o «feministas». Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo»* (FJ 6). Frente a la alegación de que vulnera la libertad de asociación (art. 6 en relación con el art. 22 CE), en su dimensión de libertad de actuación de las formaciones políticas, el Tribunal Constitucional rechaza que se vea afectado el artículo 22 CE (FJ 5) y considera que, en todo caso, es una limitación proporcionada. Todo ello permite declarar la constitucionalidad de la norma impugnada, así como excluir de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo.

La sentencia cuenta con un voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez) en el que, tras aceptar la conveniencia de que la proporción de mujeres que se postulen para ejercer cargos públicos representativos sea equivalente o aproximada a la de los hombres, considera que la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales no es constitucional, pues ello *«vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada»*.

Cabría hacer una última observación sobre esta sentencia, al margen ya del tema debatido, que gira en torno a la tendencia, cada vez mayor, de manejar a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado. Aunque el Tribunal Constitucional español ya ha dicho que *«los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal»* (véanse STC 49/1988, 28/1991, 254/1993, 235/2000), no es menos cierto que ello *«no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales»* (FJ 2).

STC 22/2008, de 31 de enero

RA: Desestimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Guarda y custodia de hija menor de edad. Tutela judicial efectiva. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Derecho del menor a ser oído. Derecho a la integridad física y moral.

Preceptos de referencia: Artículos 15, 24.1, 24.2 y 117.4 CE; 2 y 12 CDN; 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; 90.2, 92.2 y 158 CC; 528.2.2 y 530.2 LEC.

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a favor del padre. La madre recurrente imputa al correspondiente Auto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), por haber considerado el órgano judicial en el acto de la vista que no era necesaria la práctica de prueba alguna; la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber sido oída la menor; y la violación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), ya que el cambio del entorno de la menor contribuiría a su desestabilización social y afectiva.

El juez, en el mismo sentido en que lo hizo el Ministerio Fiscal, desestimó la demanda con los siguientes fundamentos:

1. Vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.—Para que exista dicha vulneración, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial y tal prueba ha de ser decisiva en términos de defensa. La recurrente no justificó la indefensión sufrida, pues en ninguna ocasión explicó las causas de oposición a la ejecución provisional alegadas, aduciendo simplemente la dificultad de restaurar la situación anterior y el temor por los perjuicios que el cambio de custodia de la menor y del régimen de visitas podrían causarle a ésta y a la madre. No es correcto afirmar de manera genérica que no se hayan practicado las pruebas solicitadas, pues el órgano judicial incorporó a los autos los documentos que la demandante de amparo adjuntó a su escrito de oposición a la ejecución provisional y la única prueba admitida y no practicada fue consentida por la recurrente al no impugnarla. De cualquier forma, la decisión de no admisión o no práctica de las pruebas solicitadas se fundó en su falta de pertinencia o idoneidad para el objeto del proceso, pues versaban sobre la situación y evolución de la menor y las ventajas e inconvenientes que le suponían el cambio de guarda y custodia y el nuevo régimen de visitas, cuestiones éstas ya resueltas en la sentencia de la Audiencia Provincial y que, por esta vía, se pretende dejar sin efecto. Dicha decisión no resulta arbitraria, irrazonable ni está incurso en error patente. Finalmente, en la demanda nada se argumenta sobre la incidencia que las pruebas inadmitidas o no practicadas hubiera podido tener en la adopción de una decisión judicial favorable a la pretensión de la demandante de amparo.

2. Lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de audiencia de la niña.—La falta de audiencia o exploración de la menor en cualesquiera de las fases del procedimiento de adopción de medidas paterno filiales, determinante de una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, según la jurisprudencia del TC no puede proyectarse con idéntica trascendencia constitucional a los autos que tienen por objeto su ejecución provisional y la determinación de si existe causa legal en que pueda fundarse la oposición a dicha ejecución.

3. Violación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), por la desestabilización social y afectiva que el cambio de entorno provocaría a la niña según el informe psicológico presentado.—Bajo la invocación de este derecho, se vuelve a cuestionar la conveniencia del cambio de guarda y custodia. Del informe psicológico invocado no sólo no se infiere riesgo evidente o peligro potencial, actual o futuro, a la integridad física y moral de la menor, sino que se expresa que el padre es una de las principales figuras de apego de la menor, al igual que su madre, y que «*la relación que ha mantenido hasta la fecha con su padre ha servido para el establecimiento de vínculos afectivos estables*». Pero además, la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando no se hubiera producido de modo real y efectivo sino que se infiera de un riesgo —lo que ni siquiera acontece en este caso—, sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. De no ser así, su declaración por este Tribunal invadiría una función de la justicia ordinaria.

STC 51/2008, de 14 de abril

RA: Desestimado.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: «Caso Jardín de Villa Valeria». Libertad de creación literaria y artística, libertad de expresión y derechos al honor y a la intimidad. Tutela post mortem.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.4 CE.

Son muchos los casos en los que el TC ha tenido que afrontar y resolver el conflicto entre los derechos al honor o a la intimidad (art. 18.1 CE) y, de otro lado, la libertad de expresión [art. 20.1,a) CE] o el derecho a dar y recibir información veraz [art. 20.1,d) CE]. No son tantos, en cambio, aquellos en los que salta a primer plano la libertad de producción y creación literaria y artística [art. 20.1.,b) CE]. Quien escribe, pinta o compone está ejerciendo la libertad de expresión de una forma y con un lenguaje particular. ¿Merece por ello un plus de protección? Esta es la interesante cuestión que suscita el caso resuelto por la sentencia que se reseña. Su punto de partida está en una novela de Manuel Vicent titulada *El Jardín de Villa Valeria*, publicada por Santillana en 1996 y objeto de varias ediciones y reimpresiones. En ella se mezclaban ficción y realidad. El origen del conflicto se encuentra en el siguiente fragmento: «*Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo*» (Antecedente 2,a STC).

La viuda de Pedro Ramón M. interpuso demanda civil al amparo de la LO 1/82, al entender que el pasaje transcrito atentaba contra el honor y la intimidad personal y familiar del aludido, que había fallecido —importa destacarlo—once años antes de la publicación. El JPI desestimó la demanda. A su juicio, el repetido fragmento no tenía entidad suficiente para ser considerado una intromisión ilegítima «*por contenerse en una novela que relata hechos*

ficicios con los que se pretendía representar a una determinada generación». En este contexto, consideró «que dicho fragmento no ocasionaba un resultado difamatorio, pues, además de contener alguna frase elogiosa, carecía de cualquier efecto de desmerecimiento público y, por ende, no deterioraba la dignidad ajena» (Antecedente 2,b STC). La apelación de la viuda, en cambio, tuvo éxito. La Audiencia de Madrid entendió que las expresiones objeto del litigio resultaban «innecesarias» e implicaban un «evidente menosprecio y descrédito de la consideración social de la persona aludida, que no se justifica ni por la libertad de expresión de su autor ni por el lenguaje coloquial o el ambiente relajado en el que se encontraban los personajes descritos» (Antecedente 2,c STC).

En casación cambiaron nuevamente las tornas. El TS anuló la sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia. Entre otras consideraciones el TS destacaba que: *«Lejos de tratar de humillar o escarnecer al Sr. M., el autor, desde el conocimiento de la superior apreciación intelectual del afectado (capacidad de liderazgo, brillantez, catedrático) señala algunos aspectos señaladamente contradictorios con dichas cualidades (sus fobias y determinados comportamientos) producto sin duda de la época juvenil que se relata, sin utilizar en ningún caso expresiones o manifestaciones que puedan calificarse de injuriosas o denigrantes» (Antecedente 2,d STC).*

La viuda, insatisfecha, interpuso recurso de amparo. Pero sin éxito. La sentencia del TC centra su atención en dos aspectos: la identificación de los derechos en conflicto y la ponderación constitucional de los mismos.

a) En lo que atañe a los derechos en conflicto, el TC subraya que tanto el escritor como la editorial no se habían limitado a ejercer una genérica libertad de expresión: el derecho ejercido era la libertad de producción y creación literaria y artística del art. 20.1,b) CE. Existe, dice el TC, una *«estrecha relación entre tal derecho y la libertad de expresión [...] Pero más allá de este hecho [...] la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión» (FJ 5)*. Y añade: *«El objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, F. 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión» (FJ 5)*. Este último dato permite al TC precisar que la cobertura constitucional se extiende no solo al autor, sino también al editor [FJ 5 pfo. final].

El TC también recuerda algo importante en relación con el derecho esgrimido por la recurrente que, al parecer, no era más que el honor y no, en

cambio, la intimidad personal y familiar. *«En el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, F. 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no se extiende a la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar cómo en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo, relativa a un reportaje en que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, «la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE» (F. 5). Como sucedió en esta Sentencia, es en la ponderación del derecho al honor con dichas libertades y no en la identificación de los derechos en conflicto donde debe tenerse en cuenta, pues, el dato del fallecimiento de la persona cuya reputación se considera ofendida» (FJ 6).*

b) El TC, descartando otros comentarios incluidos en el fragmento polémico, reconoce el potencial lesivo de las referencias a la indumentaria y al comportamiento sexual del aludido: *«Aunque aquellas frases no pueden calificarse de insultantes o vejatorias y deben situarse en el contexto de una obra literaria, el hecho de identificar directamente al personaje, su tono jocosos y la calificación personal negativa que se desprende de las mismas deben llevarnos a considerar, que son susceptibles, al menos a priori, de vulnerar el honor de la persona» (FJ 6 in fine).* Ahora bien, resta la ponderación y, en esta tesitura, el TC se inclina por denegar el amparo solicitado, a cuyo efecto parece otorgar especial valor al hecho de que las expresiones controvertidas se contienen en una novela. *«No puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE)] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas» (FJ 7).*

STC 58/2008, de 28 de abril**RA: Estimado.****Ponente: Jiménez Sánchez.****Conceptos: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Acogimiento preadoptivo. Adopción. Asentimiento o mera audiencia de la madre biológica a la adopción. Nulidad de las resoluciones sobre adopción. Efectos.****Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 39 CE.; 9.2 CDN; 172.1 y 177 CC; 781 LEC.**

La sentencia centra su análisis en determinar si el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vio lesionado por alguna de las dos decisiones siguientes: a) la de negarle la condición de parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de adopción de su hijo biológico; b) la de no acordar la apertura del incidente del art. 781 LEC para decidir la necesidad de su asentimiento a la adopción o la procedencia de su mera audiencia. El análisis, lejos de referirse al estricto cumplimiento de la legalidad procesal, busca determinar si en el concreto supuesto la demandante de amparo dispuso o no de la ocasión de someter a los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizarla. Admitido que ni el menor se hallaba emancipado ni la recurrente privada de la patria potestad, el único supuesto que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la madre demandante de amparo sería el de encontrarse incurso «*en causa legal para tal privación*», situación solo apreciable en el procedimiento judicial contradictorio del art. 781 LEC, pues la especial trascendencia de los intereses en juego no permite que la decisión sea meramente intuitiva o presumida. Por tanto, al no precisar la causa por la cual entendía que podía prescindirse del asentimiento de la madre biológica a la adopción y no adoptar las medidas necesarias para que pudiera hacer uso del incidente previsto en el art. 781.2. *in fine* LEC, el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva. Se otorga el amparo sin efecto suspensivo de las resoluciones impugnadas, atendiendo a todos los intereses en juego, singularmente los del niño adoptado, y ordenándose restablecer a la recurrente en la integridad de su derecho, anulando los autos y resoluciones cuestionados y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

STC 59/2008, de 14 de mayo**CI sobre el art. 153.1 CP: Desestimada.****Ponente: Sala Sánchez. Votos particulares de Conde Martín de hijas y otros tres.****Conceptos: Violencia de género. «Maltrato de obra». Discriminación por razón de sexo. Diferencia de trato punitivo. Principio de igualdad. Principio de culpabilidad. Diferenciación razonable. Acción positiva. Derecho desigual igualatorio.****Preceptos de referencia: Artículos 10, 14 y 24.2 CE; art. 153.1 CP.**

Cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153.1 CP (en redacción dada por el artículo 37 LO 1/2004, de 28 de diciembre), planteada

por el Juzgado de lo Penal de Murcia. El Juzgado de violencia sobre la mujer incoa diligencias por presunto delito de maltrato familiar entre las que se encuentra la adopción de una orden de protección de la víctima. Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal, su titular concede a las partes un plazo para alegar lo que estimen acerca de un posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 153.1 CP. Los hechos merecen la calificación de «maltrato de obra»: resulta imponible una pena de prisión de nueve meses y un día, cuando para idénticas circunstancias si la agresora hubiese sido la esposa, la pena sería de siete meses y dieciséis días. La diferencia afectaría también a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento; y al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad, al que resultarán aplicables algunas agravaciones. El Auto precisa que la duda de constitucionalidad recae sobre la referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

1. «Acción positiva» o derecho desigual igualatorio.—Es una doctrina cuyo origen suele situarse en Estados Unidos y que ha sido recibida en Europa y acogida por nuestro Tribunal Constitucional a partir de la STC 229/1992. Consiste en «remedios correctores de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, a favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquellos». Esta doctrina distingue entre «normas protectoras», y normas «promotoras», con medidas tendentes a compensar una desigualdad de partida para alcanzar una igualdad material efectiva.

La recepción en España ha sido, sin embargo, limitada y el Auto se cuestiona la legitimidad de unas medidas que a su entender no contribuyen a los mencionados objetivos. Entiende, a mayor abundamiento, que establecer una distinción por sexo en sede penal comprometería injustificadamente el principio de igualdad y los derechos a la presunción de inocencia y de dignidad de la persona. El Auto apela al hecho de que el recurso a la sanción penal representa una «huída al derecho penal» que entraña ciertos peligros y debilita la deseable «neutralidad sexual» en la descripción de los tipos legales que es una constante en la política criminal. Desde esta perspectiva, el riesgo se traduce en una relajación o atenuación del principio de culpabilidad que ha sido consagrado en la Constitución española. Un argumento que no es compartido por el Fiscal General del Estado, quien subraya que las relaciones de pareja y el sexo de los miembros de la misma carecen en la realidad social de la neutralidad que se predica, siendo constantes los condicionantes socioculturales que actúan y que es precisamente este problema social el que ha llevado al legislador a adoptar medidas.

2. Principio de igualdad.—La sentencia acoge la doctrina sentada por el Alto Tribunal que diferencia los dos contenidos del artículo 14 CE: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, ade-

más, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídica subjetivas». El TC ha venido admitiendo «que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica [...] si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación». La diferenciación jurídica exige pues: una justificación objetiva, razonable, y que no depare consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida con la diferenciación.

3. Juicio de justificación objetiva y razonable.—Por lo que hace al primer requisito (la justificación objetiva y razonable), la diferenciación normativa la sustenta el legislador en «su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...] que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una situación subordinada». Por otro lado, es al legislador a quien compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo».

Por lo que hace al segundo requisito (la razonabilidad), debe distinguirse entre la legitimidad del fin de la norma y la adecuación de la diferenciación a dicho fin. La legitimidad constitucional es clara cuando se observa que el precepto penal persigue la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres que se hallan insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja. El juicio de adecuación queda superado cuando se observan las altísimas cifras en torno a la grave criminalidad que tiene como víctima la mujer, y por el hecho de que esta violencia es peculiarmente lesiva para la víctima (por el efecto intimidatorio que afecta a la libre conformación de la voluntad, y por el daño en su dignidad), de ahí que a la gravedad mayor se exija una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. La Ley utiliza el término género, porque «no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios [...] sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

4. Juicio de ausencia de desproporción.—El análisis de proporcionalidad exige tener en cuenta la finalidad que persigue. El baremo ha de ser de «contenido mínimo». Concorre desproporción cuando «quepa apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (según SSTC 55/1996, 161/1997 y 126/1999). En el caso analizado, la diferencia es muy limitada frente a la trascendencia de los objetivos. A ello se suma que a una de las penas diferenciadas se ofrece alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad y se incorpora la opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso.

5. Presunción de culpabilidad.—La diferencia jurídica no tiene como premisa una presunción de culpabilidad de los varones. Lo que el legislador hace es «*apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad*». Tampoco se trata de una presunta especial vulnerabilidad de las mujeres, que podría ser contraria a la idea de igual dignidad de las personas, sino de un reproche legal hacia la gravedad de las agresiones concretas que se producen en el seno de una pareja. La sentencia expresa finalmente que «*como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad*».

6. Votos particulares.—La sentencia cuenta con cuatro votos particulares:

En opinión de Conde Martín de Hijas, al tratarse, a su entender, de una sentencia interpretativa, no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable no se haya llevado al fallo. Esta ausencia en el fallo produce inseguridad jurídica porque los órganos jurisdiccionales no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada y aceptada es constitucional o no. Discute también el Magistrado la base apriorística según la cual la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja tiene mayor desvalor cuando es producida por el varón a la mujer. Y si la consideración del mayor desvalor es la clave de la sentencia, resulta exigible que se justifique de modo incuestionable; Si la sentencia del TC está introduciendo un elemento en el tipo, la idea de mayor desvalor, no consta ni explícita ni implícitamente en el mismo, pone en entredicho el principio penal de legalidad. Por otro lado el discurso de la pauta cultural de desigualdad supone un riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones si la conducta individual no es valorada.

En opinión de Delgado Barrio la sentencia no declara, como debiera, su carácter interpretativo. «*Para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*». La introducción en el tipo descrito de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establece en el art. 25.1 CE.

Rodríguez-Zapata, por su parte, con base en los principios de legalidad penal y de seguridad jurídica, manifiesta que el art. 153.1 CP no incorpora el elemento finalista que luego se utiliza para interpretar el texto. La sentencia utiliza, y de manera defectuosa, la técnica de las llamadas *sentencias interpretativas de rechazo*, lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal mediante una técnica muy cuestionada por la dogmática italiana (donde se desarrolló) y por nuestra jurisprudencia en España, por la inseguridad jurídica que produce. A entender del Magistrado, debiera delimitar la sentencia con claridad y precisión cual es la interpretación incompatible con la Constitución y las razones por las que llega a tal conclusión. El objeto de una sentencia interpretativa debiera ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad. A juicio del Magistrado, el plus de culpa por la situación discriminatoria creada por las pasadas generaciones de varones, es una presunción incompatible con los principios del Derecho penal moderno. El

principio de culpabilidad, a su entender, resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas, y lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de una situación de dominación.

Finalmente, Rodríguez Arribas fundamenta su rechazo en la vulneración del principio de igualdad y por contener una discriminación por razón de sexo en perjuicio del hombre, lo que es aún más visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultáneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente. La introducción de un elemento en un tipo penal, aunque se reputa implícito o ínsito, plantea también la cuestión de si ello podría abrir paso a la afectación del principio de legalidad y taxatividad penal que impone el artículo 25 de nuestra Constitución.

STC 68/2008, de 23 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Libertad de información. Derecho al honor. Canon de diligencia informativa. Interés público informativo.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1 d) y 18.1 CE.

El recurso de amparo tiene su origen en la publicación, en un número de la revista *Cambio 16* de 1994, de un artículo periodístico en el que, bajo el título «*Visado Barato, Amigo*», se daba cuenta de la implicación de tres hermanos, empleados del consulado español de Casablanca, en una red ilegal de concesión de visados a ciudadanos marroquíes. La demanda de los hermanos contra la empresa editora, contra el periodista autor de la noticia y contra el director de la revista por intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor fue estimada por la primera instancia por medio de una sentencia que fue posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial y por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. El TC desestima el recurso y confirma las resoluciones judiciales impugnadas.

1. Objeto del recurso de amparo y relación con la interdicción de revisión constitucional del relato fáctico acreditado en la jurisdicción ordinaria.—Como se expone con detalle en la presente Sentencia, el objeto del recurso de amparo reside en determinar si la publicación de la noticia litigiosa fue precedida de la diligencia exigible en el caso, y ello, bajo la consideración de que la acreditación de tal extremo dotaría a la indiscutible intromisión en el derecho al honor de los afectados por la noticia de un carácter legítimo. En la medida en que la valoración de la diligencia exigible a los periodistas condenados por la jurisdicción civil constituye un elemento de naturaleza esencialmente fáctico —y sobre el que los tribunales se pronunciaron, de modo determinante, en el sentido de negar su existencia—, el TC aclara, como cuestión preliminar a la resolución del recurso de amparo, que el enjuiciamiento constitucional no se dirige a reformular los hechos de un modo distinto al de la instancia, lo que contravendría lo dispuesto en el art. 44.1 b) LOTC. Antes bien, la función del recurso de amparo en estos casos estriba en comprobar que el «*razonamiento que ha conducido a negar la existencia de pruebas acreditativas del contraste informativo resultó acorde con el derecho fundamental que se invoca (art. 20.1 d) CE*»; y, en la medida de ello, resulta conforme a dicha función y a los límites de la jurisdicción constitucional que el TC alcance una «*interpretación propia del relato fáctico*» (FJ 2).

2. Doctrina constitucional de los requisitos necesarios para la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor.—Como marco normativo y sistemático del enjuiciamiento del conflicto suscitado en el recurso de amparo, el TC repasa las líneas generales de su doctrina en relación con el juicio de ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de información y el derecho al honor. En particular, y en atención al caso enjuiciado, la Sentencia identifica los dos requisitos que debe cumplir toda información cuyo contenido es susceptible de afectar el honor para que, pese a ello, pueda estar amparada por el derecho fundamental del art. 20.1 d) CE; a saber, (i) que la información aluda a «*hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables*» y (ii) que «*sea veraz*».

3. Doctrina constitucional sobre el requisito de la veracidad en las informaciones idónea para constituir una intromisión en el derecho al honor.—No habiéndose discutido la acreditación del primer requisito en el caso, esto es, que la información litigiosa presenta un interés público informativo, la Sentencia centra su atención en el requisito de la veracidad. Como es bien sabido, y como el TC se esfuerza en recordar aquí, este requisito no se traduce en una exigencia de «*rigurosa y total exactitud en el contenido de la información*», sino en la imposición de un deber de comprobación de la realidad de la información «*mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente*». De este modo, se cumple el requisito de la veracidad cuando «*el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y que la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información*» (FJ 4). Además, se recuerda, en segundo lugar, y como parte integrante de la doctrina constitucional sobre el requisito de veracidad, que la apreciación de la diligencia exigible se determina según las circunstancias del caso y que, por ello, «*adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere*» (*ibid.*). Asimismo, el juicio de veracidad debe tener en cuenta si las personas afectadas por la información litigiosa presentan notoriedad pública, en el sentido de que dichas personas «*deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas*» (*ibid.*).

4. La solución al caso: la falta de veracidad de la información reside en la ausencia de una averiguación previa y diligente de los hechos.—Asumiendo como propio de su jurisdicción el que, al parecer, fue el debate suscitado en la jurisdicción ordinaria, el TC se plantea, para la resolución del recurso de amparo, el ángulo desde el que debe ser analizado si las personas responsables de la información litigiosa cumplieron con su deber de diligencia acorde con el descrédito que ocasionaba a los hermanos afectados por la noticia. Para ello, el TC no considera relevante atender al criterio de las posibilidades efectivas de contrastar la información, ni al criterio de la fiabilidad de la fuente de la cual se obtuvo la información. De hecho, en el presente caso, el TC considera que la investigación desarrollada por los autores de la información cumplió con ambos extremos, pues las eventuales fuentes diplomáticas consultadas eran fiables, sin que, por otro lado, resulte cuestionable la potencialidad del contraste informativo. Aquello que, en cambio, sí deviene relevante para enjuiciar la adecuación de la diligencia seguida por los periodistas de la noticia al canon exigido por la CE es la acreditación de un «*previo contraste informativo suficiente para el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información*» (FJ 6). Por este motivo, el TC no concede, para

desestimar el recurso de amparo y confirmar la condena, relevancia a una carta –al parecer, aportada como documento por los demandados en la apelación– del Cónsul en Casablanca y cuyo contenido daba cierta verosimilitud a la noticia. No obstante, y como queda dicho, este dato, aun constituyendo «*un indicio solvente e intenso que apunta a la existencia de irregularidades*», no es, según el TC, relevante para el correcto enjuiciamiento del caso desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad de información, en la medida en que «*no evidencia una averiguación previa y diligente*» de los periodistas.

STC 109/2008, de 22 de septiembre

RA: Estimado en parte.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Tutela judicial. Contradicción fáctica entre resoluciones civiles y penales. Resolución civil dictada con conocimiento del contenido fáctico de sentencia penal firme sobre los mismos hechos.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3 y 24 CE.

La sentencia se ocupa de un problema que ya ha llegado en otras ocasiones al Tribunal Constitucional: la compatibilidad o no con la Constitución de resoluciones contradictorias recaídas en órdenes jurisdiccionales distintos. Los hechos son simples. Una sociedad presenta una demanda de suspensión de obra nueva contra una persona (Sr. X) que había acometido trabajos de roturación y explanación en una finca propiedad de la actora. En el procedimiento se pide y acuerda la suspensión de las obras como medida cautelar. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia (JPI) desestima al fin la demanda porque no considera probado que el demandado Sr. X interviniera en la realización de las obras denunciadas (solo se probó que era dueño de una de las máquinas utilizadas). En paralelo, se había iniciado un juicio de faltas contra el mismo Sr. X por el supuesto incumplimiento de la orden de suspensión cautelar. La sentencia penal, posterior a la del JPI, resultó condenatoria «*al estimar acreditado que, pese a la orden judicial que imponía la paralización de las obras, después de una inicial paralización se reanudaron los trabajos por orden del demandado en el interdicto de obra nueva*» (FJ 1). La Audiencia (penal) confirmó la condena. Entre tanto, la sentencia civil había sido recurrida. Al resolverse la apelación civil, ya se habían dictado las dos sentencias penales declarando que el denunciado Sr. X era quien había llevado a cabo los trabajos a los que ambos procedimientos –civil y penal– se referían. Aunque las sentencias penales de instancia y apelación fueron aportadas al proceso civil (y este es un dato básico) la Audiencia confirmó la sentencia del JPI con el mismo argumento que éste había utilizado. Ante este resultado, el demandante y querellante entendió vulnerado su derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) y el principio de seguridad jurídica, pues no era admisible que la Audiencia (civil) negase unos hechos que ya habían sido admitidos en una sentencia penal firme («*a aquel a quien en el proceso civil se le negaba legitimación [pasiva] como consecuencia de no considerarlo dueño de la [...] obra resulta condenado en la jurisdicción penal por ordenar la reanudación de los trabajos precisamente en calidad de dueño de la obra*», FJ 3 STC).

El Tribunal resume ante todo su doctrina anterior: «*Este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la compatibilidad con la Constitución del dictado de resoluciones contradictorias en órdenes jurisdiccionales distintos,*

diferenciando en función del extremo sobre el que se proyecte la contradicción. Así, conforme a nuestra doctrina, como regla general carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues en estos casos los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre declaramos que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero, F. 5, 50/1996, de 26 de marzo, F. 3), sino que reside precisamente en que «unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue», pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, F. 5; 158/1985, de 26 de noviembre, F. 4; 30/1996, de 27 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 59/1996, de 15 de abril, F. 2, y 179/2004, de 18 de octubre, F. 10)» (FJ 3).

En este caso, el TC otorga el amparo al considerar que, en efecto, hay una «contradicción fáctica» en este caso inaceptable. «La doctrina de este Tribunal sobre resoluciones judiciales contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales proclama la necesidad de arbitrar medios para evitar contradicciones entre las decisiones judiciales referidas a los mismos hechos y para remediarlos si se han producido. Ello supone que, si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto con posterioridad deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos (SSTC 158/1985, de 26 de noviembre, F. 6, 204/1991, de 30 de octubre, F. 4, y, recientemente, STC 16/2008, de 31 de enero, F. 2)» (FJ 4). Por todo ello, tras declarar la vulneración del art. 24.1 CE, el TC anula la sentencia civil de la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior.

STC 139/2008, de 28 de octubre

CI: Inadmitida.

Ponente: Gay Montalvo. Voto particular de Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Delito de maltrato familiar. Pena de alejamiento. Derecho a la libertad personal. Principio de libertad. Principio de libre desarrollo de la personalidad.

Preceptos de referencia: Artículos 1.1, 10 y 17 CE; art. 57 y 48.2 del CP redactados por LO 15/2003, de 15 de noviembre.

La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar, en relación con los artícu-

los 57 y 48.2 CP. El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad, aunque con un voto particular discrepante.

1. Principio de libertad personal vs. pena de alejamiento.—Existe una diferencia conceptual entre el derecho a la libertad personal del art. 17 CE, el valor libertad como superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y el derecho a la dignidad (art. 10 CE). El derecho a la libertad individual del artículo 17 CE sería difícilmente aplicable a la víctima del delito.

La duda de constitucionalidad en el presente supuesto se centra en la imposición obligatoria de la medida de no aproximación o de alejamiento de la víctima y la presunta vulneración del derecho al desarrollo de la personalidad de las parejas, al desligarse la imposición de la medida de la voluntad de éstas. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal argumentan que tal consecuencia es inherente al sistema penal, en el que las penas no se imponen en función de la voluntad u opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido toda pena impuesta a una persona afecta en mayor o menor medida a su círculo de allegados, sin que por eso se pueda entender que la imposición de una pena a un familiar impida el desarrollo de la personalidad del individuo. La medida del poder público obstativa del desarrollo de la personalidad debería recaer directamente sobre la persona afectada y venir referida a una actuación antijurídica o irregular del poder, nunca a una medida impuesta por una norma penal habilitante.

Por otro lado, por lo que respecta a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, expresa el Fiscal General del Estado que sólo desde una conexión muy indirecta puede relacionarse con el precepto que se estima inconstitucional. Al conceptuar la libertad en la forma antedicha, y dada su generalidad, el art. 1.1 CE no puede utilizarse como parámetro constitucional si no se conecta con otro precepto que específicamente sea aplicable en el caso contemplado. En este sentido, dado el concepto poliédrico que representa la palabra libertad, resulta harto difícil conectarlo con el caso por la existencia de una presunta coacción que la norma penal impone y que afecta de un modo directo al autor de la infracción y, de modo colateral, a su círculo de allegados, que se ven concernidos por la pena impuesta pero bajo el amparo de una norma legal.

2. Inadmisión por falta de audiencia.—El Tribunal Constitucional constata, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento no se han cumplido algunas esenciales formalidades relativas al trámite de audiencia de las partes, *«trámite que debe satisfacer dos funciones que le son inherentes: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso [...] y, de otro, facilitar el examen por parte de este tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado»*, con cita del ATC 108/1993, de 30 de marzo. La importancia de la audiencia se manifiesta también en el hecho de que la providencia que la otorga debe especificar los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración, de modo que, en la medida que el defecto imposibilita a las partes conocer el planteamiento del Juez proponente, constituye motivo de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (la Providencia del Juez promotor alude al artículo 17.1 CE y no

es hasta el Auto de planteamiento de la cuestión cuando incorpora como preceptos constitucionales presuntamente infringidos los art. 1.1 y 10.1 CE). El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad, por aplicación de la doctrina sobre la identidad en el trámite de audiencia de los preceptos cuestionados y normas constitucionales presuntamente infringidas.

3. Voto particular.—El Magistrado Rodríguez-Zapata formula voto particular para expresar su discrepancia, por considerar que la cuestión de inconstitucionalidad no debiera haber sido inadmitida, pues aun cuando se hubiera producido el cumplimiento defectuoso del trámite regulado en el artículo 35.2 LOTC, ello solo debiera implicar descartar el examen de la cuestión desde la perspectiva de tales artículos (con cita de STC 120/2000).

STC 161/2008, de 2 de diciembre

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.

Los hechos de los que parte la sentencia son los siguientes: tras ser condenado como autor de un delito por la Audiencia Nacional, el recurrente anunció su intención de formalizar recurso de casación ante el Tribunal Supremo y, una vez personado ante la Sala de lo Penal del mismo, solicitó que se le confiriera plazo para formalizarlo. El TS desestimó la solicitud por considerar que el recurrente no estaba en ninguno de los supuestos en los que procede la concesión de un plazo especial, como pueden ser aquellos en que se hubiera de designar abogado y procurador de oficio, o cuando quien ha de formalizar el recurso es un letrado de nueva designación que no conoce el contenido del procedimiento. En el presente caso el recurrente tenía designado abogado y procurador desde el escrito de preparación, que eran los mismos que actuaron en el juicio oral, por lo que el Alto Tribunal entendió que no procedía la concesión de un plazo para formalizar el recurso de casación.

El recurrente presentó recurso de amparo por entender que en otras ocasiones la Sala de lo Penal del TS sí había señalado plazo específico para la formalización del recurso a pesar de hallarse asistido y representado por los mismos profesionales que en el juicio oral, y que ese cambio de criterio, carente de motivación, vulneraba sus derechos fundamentales. Concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como el principio de igualdad (art. 14 CE).

El TC estima el recurso de amparo por entender que, en efecto, se vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE), que se produce «*cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales*» (FJ 2). El TC no entra a ponderar la corrección jurídica de la interpretación que hace el TS acerca del plazo para formalizar el recurso de casación, pues es una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los órganos judiciales, pero sí estima que «*en la medida en que diferentes justiciables han obtenido respuestas dispares del mismo órgano judicial en supuestos de hecho idénticos, sin la motivación constitucionalmente exige-*

da» (FJ 3) se produce una vulneración del art. 14 CE, pero no de los otros preceptos alegados por el recurrente (24 y 9.3 CE).

STC 169/2008 de 15 de diciembre

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 17.1 y 24.1 CE.

El recurso de amparo versa sobre la posible vulneración de los derechos a la libertad y a la tutela judicial efectiva de un extranjero por falta de motivación de su internamiento en prisión decretado como medida cautelar por Auto del Juzgado de Instrucción, a fin de asegurar su devolución a Marruecos por haber quebrantado la orden de prohibición de entrada en España durante diez años acordada por resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid. El demandante del amparo interpuso recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid por haberse acordado el internamiento sin motivación suficiente. La Audiencia declaró que la apelación había quedado sin objeto al haberse producido la devolución del demandante a su país de origen.

Señala la sentencia del TC que el órgano judicial adoptó la medida de internamiento en prisión del extranjero sin tener en cuenta que, además de señalar las circunstancias relativas a la decisión de expulsión, debía hacer mención a las relativas a *«la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huida, al hecho de que carezca de domicilio o de documentación, a la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes o a cualquiera otra circunstancia que el Juez estime relevante para adoptar su decisión»* (FJ 3). El Juez de Instrucción no expresa, al parecer del TC, los motivos y causas en virtud de los cuales acuerda el internamiento del detenido, limitándose a señalar que concurre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo, pese a que el órgano judicial disponía de información suficiente sobre las circunstancias que concurrían en el demandante del amparo reflejadas en las diligencias policiales (se hacía constar la carencia de documentación del detenido, la falta de arraigo personal y familiar, el haber sido detenido en varias ocasiones por supuestas infracciones penales, la utilización de diferentes identidades, etc). Por otra parte, señala la sentencia que la Audiencia Provincial dejó injustificadamente de pronunciarse pues *«el hecho de que el internamiento ya hubiera cesado como consecuencia de la efectiva ejecución de la orden de devolución dictada por la autoridad gubernativa, no eximía al Tribunal ad quem de examinar si el Auto del Juzgado de Instrucción contenía, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso y las alegaciones del propio recurrente, la motivación exigible para acordar la medida de internamiento (...) por tratarse de una medida excepcional que afecta al derecho fundamental a la libertad personal»* (FJ 5) Por todo ello, el TC declara que tanto el Auto del Juzgado como el de la Audiencia Provincial incurren en vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva y concede el amparo solicitado.

STC 176/2008, de 22 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Modificación de medidas matrimoniales. Custodia y régimen de visitas del hijo menor de edad. Restricción del acuerdo originario de visitas. Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de la orientación sexual. Transexualidad del padre. Interés superior del niño. Riesgo para la integridad psíquica del niño. Conflicto de intereses. Regla de la ponderación.

Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 10.2, 14, 18.1 y 18.4 CE; 9.3 CDN, 8 y 14 CEDH; 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea); 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño; 21.1 y 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; Dictámenes y comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; 94 CC, 3 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; 4.1 y 5 Ley 3/2007.

Toda decisión judicial que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya *ratio decidendi* descanse de forma decisiva en la orientación sexual de aquél supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el art. 14 CE. Sin embargo, entiende el Tribunal que la restricción del régimen de visitas acordada en las sentencias impugnadas por la recurrente, no responde a su transexualidad sino a la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa –según dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales– y que supone un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (seis años al producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra. Por ello, la sentencia concluye que dicha decisión fue adoptada atendiendo al interés genuino y prevalente del menor, tras ponderarlo con el de sus progenitores, y sin que se advierta, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, la influencia de un supuesto prejuicio respecto a la transexualidad del padre. De acuerdo con ello, se desestima la alegación de un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de las relaciones paternofiliales de la parte recurrente, proscrito por el art. 14 CE. Para llegar a esta resolución, el TC realiza un análisis pormenorizado de la transexualidad como causa de amparo en el artículo 14.2 CE, del principio rector del interés prevalente del niño, de la existencia de un derecho de comunicación y visitas tanto del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad como de este último y de la posibilidad excepcional de limitarlo o suspenderlo ante circunstancias graves, de la necesidad de recurrir a un juicio de ponderación cuando exista un conflicto de derechos en estos temas que permita calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, del riesgo relevante de lesión de la integridad psíquica del niño, de la improcedencia de presumir un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores; todo ello con remisiones constantes a la CE, a diferentes tratados de derechos humanos y a resoluciones judiciales y de organismos internacionales.

STC 183/2008, de 22 de diciembre**RA: Estimado.****Ponente: Pérez Tremps.****Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Menor extranjero.****Representación del menor. Conflicto de intereses entre el menor y la entidad representante. Defensor judicial. Jurisdicción contencioso-administrativa y civil.****Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE**

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un supuesto de vulneración a la tutela judicial efectiva en relación con un supuesto de falta de representación y capacidad procesal de un menor no emancipado de nacionalidad marroquí que contaba 17 años en el momento en que impugnó la resolución del Delegado del Gobierno de Madrid que acordó su repatriación.

El menor se encontraba bajo la tutela de la Comunidad de Madrid y ésta instó su repatriación al encontrarse el menor en España sin persona adulta que pudiera responsabilizarse de él. El menor impugnó la resolución del Delegado del Gobierno a través de un Letrado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Dicho Juzgado, tras escuchar al menor que declaró que quería estar en España, apreció conflicto de intereses entre el menor y su órgano de tutela que había instado la repatriación (la Comunidad de Madrid) por lo que nombró como defensor judicial del menor a su propio Letrado.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo declaró la nulidad de la resolución de repatriación y el Abogado del Estado, la Letrada de la Comunidad de Madrid y el Ministerio Fiscal interpusieron contra dicha Sentencia recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó la falta de representación y capacidad procesal del menor y declaró que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo carecía de competencia para nombrar un defensor judicial del menor, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil.

El Tribunal Constitucional admite que dicha resolución ha vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho a la jurisdicción, ya que la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal ha resultado desproporcionada *«al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial»* (FJ 5.º).

STC 184/2008, de 22 de diciembre**RA: Estimado.****Ponente: Pérez Tremps.****Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva.****Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.**

El Tribunal Constitucional concede el amparo en un supuesto muy similar al anterior, al tratarse de un menor marroquí en situación de desamparo cuya repatriación es solicitada por la Comunidad de Madrid que asume su tutela. La Asociación Coordinadora de Barrios para el seguimiento de menores y jóvenes –entre cuyos fines destaca conseguir la integración en la sociedad y la promoción de menores y jóvenes– y el menor afectado, actuando bajo el mismo Letrado, impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa

la resolución del Delegado del Gobierno que acordaba la expatriación. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nombró defensor judicial del menor a su Letrado y declaró nula la resolución que decretaba la repatriación del menor. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia declaró falta de legitimación activa por parte la Asociación Coordinadora de Barrios y falta de representación y capacidad legal del menor.

El Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva por las mismas razones que las expuestas en la sentencia anterior (STC 183/2008), y declara así mismo vulnerado el derecho de la Asociación recurrente a la tutela judicial efectiva puesto que ha quedado acreditado que entre sus fines se incluye el ejercicio de acciones procesales para la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los menores que se encuentren en situación de marginación.

STC 29/2009, de 26 de enero

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de información. Requisitos. Titulares de prensa. Expresiones absolutamente vejatorias.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1 d) CE.

El recurrente en amparo –director del periódico *El Mundo / El día de Baleares*– publicó en este diario en 2003 un artículo, bajo su firma, y cuyo título era «*El hijo «xenófobo» del concejal recibió 10,5 millones en 2001*». El artículo daba cuenta de que el hijo de un concejal de S'Arenal de Lluçmajor (Mallorca), contra quien, por aquel entonces, se había incoado un procedimiento penal por actos aparentemente xenófobos, había recibido una subvención por parte de una entidad administrada por una colaboradora del concejal. A raíz de la publicación del artículo, el hijo del concejal interpuso una querrela criminal contra el periodista, quien fue condenado por la Audiencia Provincial de Mallorca, como autor de una falta de injurias leves. El TC estima el recurso de amparo interpuesto por el periodista y por la sociedad editora del periódico.

1. Identificación del derecho fundamental pretendidamente vulnerado: ¿derecho a la libertad de información o a la libertad de expresión?– Por manido que parezca, el TC parte, para delimitar el derecho fundamental en juego en el presente recurso de amparo, de la distinción entre, por un lado, «*pensamientos, ideas y opiniones*», encuadradas en el derecho a la libertad de expresión y sometidas a un control jurisdiccional que no tiene en cuenta su veracidad; y, por otro, la «*comunicación informativa de hechos*», encuadrada sistemáticamente como derecho a la libertad de información y sujeta al control de veracidad. Por ello, y a pesar de la insistencia del recurrente en amparo en vincular su pretensión de amparo a la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, el TC concluye que, en el caso, nos encontramos ante una eventual manifestación del derecho a la libertad de información, «*pues la enjuiciada es una narración de hechos a través de un medio de comunicación institucionalizado y con la evidente intención de dar a conocer a la opinión pública determinados sucesos [...]*» (FJ 2).

2. Los tres requisitos del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de información.–De conformidad con una jurisprudencia constitucional claramente consolidada, el TC identifica –acaso con mayor claridad que en anteriores ocasiones– los tres requisitos cuya concurrencia resulta inelu-

dible para que una información (particularmente, aquella idónea para afectar bienes constitucionales relevantes, como el honor, la intimidad o la propia imagen) pueda obtener la protección del derecho fundamental a la libertad de información. En primer lugar, dicha información debe ser veraz, en los términos constitucionales de este concepto, a saber: que el periodista o persona responsable de la difusión de la información haya desarrollado una «*labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información*» (FJ 4). En segundo lugar, la información debe contener «*hechos noticiosos o noticiables por su interés público*», esto es, que «*se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada*» (*ibid.*). En fin, la información en cuestión no puede, aun siendo veraz y presentar interés público informativo, recurrir a «*frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan al hilo de la información transmitida*» (*ibid.*).

3. El particular sometimiento de los titulares de prensa al control de constitucionalidad de los límites al derecho de información.—También resulta de particular interés en la presente Sentencia, la especial consideración y control del titular de prensa como objeto de protección del derecho fundamental a la libertad de información. Así, el TC, a modo de resumen de su jurisprudencia al respecto, recuerda que «*el control de las expresiones contenidas en los titulares habrá de estar profundamente vinculado al del desarrollo de la información, de tal manera que quedan excluidas del ámbito de protección de la libertad de información las expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas*» (FJ 5).

4. El enjuiciamiento del caso: la calificación de «xenófobo» era, en el momento de publicación de la noticia, veraz y no puede calificarse de «expresión absolutamente vejatoria».—En aplicación de la doctrina expuesta, el TC concluye que, en el caso en cuestión, la información expresada en el titular de prensa litigioso fue (i) veraz, pues el periodista recurrió a las fuentes policiales que ratificaron la veracidad de los hechos y que dieron lugar a la apertura de las diligencias judiciales, archivadas con posterioridad a la publicación del artículo; (ii) públicamente relevante, al ser idónea para causar un impacto en la opinión pública; y (iii) la expresión «xenófobo» no resulta formalmente vejatoria, ni resulta gratuita o innecesaria para la información que se pretendía transmitir (*cf.* FJ 5).

STC 31/2009 de 29 de enero

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho a la libertad ideológica, derecho a la libertad de expresión, derecho de asociación, partidos políticos.

Preceptos de referencia: Artículos 16.1, 20.1.a), 22, en relación con el art. 6 CE. Artículos 9.2 y 9.3 LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

El recurso de amparo es interpuesto por la representación del partido político Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca contra la Sentencia dictada por la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo que lo declara ilegal de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9.2 y 9.3 de la Ley orgánica

de Partidos Políticos. Se alega vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y del derecho de asociación en relación con los partidos políticos [arts. 16.1, 20.1.a) y 22 CE en relación con el art.6 CE] al considerar que la Sala justificó su decisión sobre un material probatorio que resulta insuficiente para acreditar relaciones de colaboración entre Acción Nacionalista Vasca y la organización terrorista ETA y el partido ilegalizado Batasuna. Señala la sentencia del TC que «no se puede pretender de esta Sala la revisión de las pruebas practicadas en el proceso ni la valoración judicial que las mismas han merecido del Tribunal Supremo (...) Nos corresponde examinar si el tipo de hechos y conductas considerados por la Sala sentenciadora tiene encaje razonable en la Ley aplicada al caso» (FJ 4). Los hechos en cuestión (constante presencia de miembros de Batasuna en la campaña electoral del partido recurrente, anulación por la propia Sala del art.61 del Tribunal Supremo de 133 de las 245 candidaturas presentadas por este partido, la reacción de dirigentes de Batasuna y de otros grupos del entorno de ETA ante dicha anulación, relación económica entre el partido recurrente y Batasuna, postura mantenida por el partido recurrente ante determinados atentados terroristas) son considerados por el Tribunal Constitucional subsumibles en los arts.9.2 y 9.3 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos como causa suficiente de disolución de un partido político por lo que declara que el Tribunal Supremo ha concluido de manera razonable y motivada su sentencia y desestima el amparo.

STC 39/2009 de 9 de febrero

RA: Desestimado

Ponente: Casas Baamonde

Conceptos: Libertad de expresión, derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d y 24.1 CE.

La Letrada recurrente incluyó en un escrito de contestación como causa de indefensión la «*amistad más que pública y notoria*» existente entre la Juez que conocía el caso y la Letrada de la parte contraria (FJ 1.º). El Juzgado de Primera Instancia que conocía el caso dio traslado de dicho escrito al Colegio de Abogados de Pamplona por si procediera la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria, a lo que contestó la Letrada recurrente señalando que no había sido su intención efectuar ningún tipo de acusación en el curso del procedimiento y solicitando que se tengan «*por retiradas de su escrito de contestación cualesquiera expresiones que hayan podido ser interpretadas como acusaciones, que no estaban en su ánimo realizar*». Además, la Magistrada se querelló por calumnia ante el Juzgado de lo Penal de Pamplona que condenó a la Letrada a una pena de 4 meses de multa por la autoría de un delito de calumnia.

Esta sentencia fue anulada en apelación por la AP de Navarra que declaró la absolución de la acusada al no concurrir el tipo de calumnia sino el de injuria, y al considerar, con cita en varias sentencias del TC, que es de preferente aplicación la vía disciplinaria. El Colegio de Abogados de Pamplona sancionó a la Letrada por infracción leve y el Consejo General de la Abogacía Española confirmó en alzada el acuerdo sancionador. La Letrada sancionada interpuso un recurso contencioso-administrativo pero el Juzgado correspondiente confirmó los acuerdos recurridos al considerar que el deber general de todo Abogado de mostrar una actitud respetuosa hacia los órganos judiciales constituye un límite al derecho fundamental a la libertad de expresión en la defen-

sa letrada. La Letrada interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que fue inadmitido al no ser la Sentencia susceptible de tal tipo de impugnación.

La Letrada recurre en amparo ante el TC alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los arts.9.3, 10, 14, 20.1, 53.3 y 117 CE. La Letrada señala que ha sido sancionada colegialmente y no judicialmente y que la Sentencia recurrida carece de motivación. Alude también a vulneración a su derecho a la libertad de expresión y defensa letrada y que no existió por su parte ningún «ánimo de descalificación y menosprecio a la función judicial».

Señala la sentencia del TC que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no ha incurrido en vulneración a la tutela judicial de la recurrente; ni en relación con la presunción de inocencia ni en relación con falta de motivación sino que su lectura «transmite con claridad que resolvió motivadamente todas las pretensiones que se le planteaban» (FJ 2). En relación con el contenido de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, la sentencia hace referencia a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que subraya que dicha libertad «sea especialmente inmune a sus restricciones para la preservación de otros derechos y bienes constitucionales» y cita, entre otras, las SSTC 205/1994, de 11 de julio, 184/2001, de 17 de septiembre, 299/2006, de 23 de octubre, 113/2000, de 5 de mayo y 235/2002, de 9 de diciembre. De acuerdo con la sentencia, la aplicación de esta doctrina a las expresiones empleadas por la Letrada recurrente lleva a considerar como adecuada la medida adoptada por los órganos administrativos y judiciales en este caso puesto que la descalificación de parcialidad que hizo la Letrada en su escrito de contestación «no se detiene en la resolución judicial sino que se refiere personalmente a la Magistrada que la redactó, atribuyéndole una actitud de parcialidad subjetiva [...] y una velada imputación de comportamiento judicial irregular que trasciende además al proceso en el que se aporta el escrito» (FJ 4). Añade la sentencia que la afirmación de una amistad «pública y notoria» entre la Magistrada y la Letrada de la parte contraria y la sugerencia de que tal amistad había favorecido a esta última entraña una descalificación personal que no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado al tratarse de expresiones objetivamente ofensivas para un Juez (FJ 4). Motivos todos ellos por los que se deniega el amparo solicitado.

STC 45/2009, de 19 de febrero

CCII acumuladas: Inadmitida y desestimadas.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez. Votos particulares de Conde y otros.

Conceptos: Violencia de género, principio de igualdad, principio de proporcionalidad, dignidad de la persona, amenazas leves, presunción de inocencia.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 CE; artículo 171.4 CP en la redacción dada al mismo por el artículo 38 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Penal de Murcia, respecto del artículo 171.4 CP por su posible contradicción con los artículos 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 CE, presentando idéntico planteamiento en

once procedimientos que presenta. El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad.

1. El derecho de igualdad.—El Auto considera vulnerado el principio de igualdad en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos pasivo y activo. Una desigualdad que no se justifica en una pretendida igualdad de oportunidades para la mujer ni tampoco como fórmula de reparación colectiva por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social que chocaría contra el principio de culpabilidad. El Abogado del Estado argumenta sin embargo que la tutela penal distinta se establece, no estrictamente por razón de sexo, porque ni toda mujer está protegida en el tipo ni están los sujetos activo y pasivo definidos por su condición sexual. El tipo no protege a la mujer por el mero hecho de serlo, sino *«por circunstancias sociales y culturales fuertemente arraigadas»* que hacen que se encuentre en una situación especialmente vulnerable en el entorno de una relación de pareja. Una posición de dominio que el legislador ha considerado estructural en las relaciones afectivas derivada de una herencia de organización familiar patriarcal. El Tribunal constitucional señala que *«la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en que se producen»* unas conductas que *«no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias»*

Por otro lado, reitera este Alto Tribunal la doctrina manifestada en sentencia precedente 59/2008, de 14 de mayo al señalar que *«el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales debe tener una justificación objetiva y razonable y no deparar unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación»* (STC 59/2008, FJ7). El análisis de razonabilidad de la diferenciación debe analizar la legitimidad del fin de la norma, que se da por la insuficiencia de protección de determinados bienes jurídicos básicos en determinado contexto. Y la finalidad de la diferenciación, recuerda la sentencia, es la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres *«que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja»* y *«la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito»* (STC 59/2008).

2. El principio de culpabilidad y la dignidad de la persona.—En opinión del Abogado del Estado, no se atenta contra la dignidad del hombre ni de la mujer por presumir en el primero un móvil machista y en la segunda una especial vulnerabilidad, lo que se ha valorado son las circunstancias y el entorno en los que se requiere una necesidad de protección que, a su vez, cumpla sus fines de prevención.

El TC, como hiciera en la STC 59/2008, expresa que no se vulnera el principio de culpabilidad penal, no se crea una presunción sino que lo que hace el legislador es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas. Tampoco el precepto cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, sino que el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas y graves consecuencias con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima. La dignidad de la mujer se ve en el contexto tipificado peculiarmente dañada, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria. Es el mayor desvalor relativo a la libertad, la igualdad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja el que justifica una pena mayor.

3. Los votos particulares de diversos magistrados.—La sentencia cuenta con tres votos particulares contra las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas (núms. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 7616-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008) de Conde Martín de Hijas, Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas, quienes dan por reproducidos los argumentos vertidos en sentencia anterior 59/2008, a los que se remiten en su integridad. Añaden Conde y Rodríguez Arribas tan solo que, en este caso, se intensifican porque no solo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

El TC, tomando como punto de partida la STC 59/2008, de 14 de mayo, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7616-2007 y desestima las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008 por concluir que los argumentos no son bastantes para apreciar la desproporción inconstitucional y fundamenta esta decisión en criterios ya expresados también en el ATC 332/2005, de 13 de septiembre: *«a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas, y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador, ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad, no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta»*.

STC 77/2009, de 23 de marzo

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen. Derecho fundamental al honor. Derecho fundamental a la libertad de información.

Derecho fundamental a la libertad de expresión. Anonimato e identificación de las partes en la publicación de las sentencias del TC.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.

Con ocasión de la publicación en la revista *Interviú* de un reportaje sobre la secta *Ceís* en 1984, en el que se relataban las actividades de sus seguidores junto con la publicación de distintas imágenes en las que algunos de sus miembros aparecían desnudos o semidesnudos, cuatro de las personas efígyadas interpusieron sendas demandas de protección civil de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Después de que la instancia desestimara las acciones al amparo de la regulación de dichos derechos en la LO 1/1982, la Sala 1.^a del TS, en su sentencia de 22 de febrero de 2006, estimó el recurso de casación y condenó a *Ediciones Zeta, S.A.* por intromisión en los derechos a la propia imagen y al honor. El TC, en la presente

resolución, desestima el recurso de amparo interpuesto por el medio de comunicación y confirma la condena de la jurisdicción ordinaria.

Antes de reseñar el contenido de esta Sentencia, resulta oportuno recordar que otro reportaje de la revista *Interviú* sobre la misma secta, y en la que la persona cuya imagen desnuda es demandante en el presente caso, motivó otro recurso de amparo, resuelto, en sentido similar a éste, por la STC 156/2001, de 2 de julio.

1. Delimitación de los derechos fundamentales afectados y de su enjuiciamiento en el presente recurso de amparo.—En atención al contenido dispositivo de la sentencia de la Sala 1.^a del TS objeto del recurso de amparo, el TC precisa, para la correcta delimitación del enjuiciamiento constitucional de este caso, que el medio de comunicación fue condenado, por un lado, por la vulneración de los derechos fundamentales a la propia imagen de N.S.P., E.R.B y J.A.R.F., por la publicación no autorizada de su imagen desnuda o semidesnuda; y, por otro lado, por la vulneración del derecho al honor de V.L.C., en relación con la utilización de una serie de calificativos al hilo de «*la actividad sexual desmesurada realizada en el dispensario donde fue atendido después de ser detenido por los Mossos d'Esquadra*». De este modo, el objeto del recurso debe limitarse, de un lado, al conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información en relación exclusivamente con las fotografías íntimas de N.S.P., E.R.B. y J.A.R.F., sin necesidad de entrar a valorar, como proponía el Ministerio Fiscal, la posible vulneración del derecho a la propia imagen de V.L.C.; de otro lado, al conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor de V.L.C.

2. El conflicto entre el derecho fundamental a la propia imagen y las libertades de expresión e información.—La secuencia del enjuiciamiento constitucional del conflicto entre el derecho a la propia imagen y los derechos a la libertad de expresión e información parte, como es habitual en la jurisprudencia del TC, de la caracterización del derecho fundamental a la propia imagen como un derecho cuyo contenido se halla delimitado, entre otros, por las libertades de expresión e información, así como por el propio interés del titular en «*disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación*». De este modo, «*la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél*» (FJ 2). Por todo ello, el TC confirma la lesión del derecho fundamental a la propia imagen en el caso: La publicación litigiosa (i) no contó con el consentimiento de personas cuya imagen desnudas o semidesnudas fue representada en la revista; y, en el caso, al igual como sucedió en el de la STC 156/2001, (ii) no existía un interés público digno de protección.

No deja de sorprender, por otro lado, que, pese a la precisa delimitación de los derechos fundamentales descrita, el TC acompañe la confirmación de la lesión del derecho fundamental a la propia imagen (y la consiguiente ausencia de protección bajo el derecho fundamental a la libertad de información) con la declaración de la intromisión en el derecho fundamental a la intimidad; derecho cuya vulneración no había sido, al parecer, apreciada en la jurisdicción ordinaria.

3. El conflicto entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión.—Para el TC, los calificativos que acompañaron la publica-

ción de la imagen de V.L.C. y que motivaron la condena del medio por intromisión en el derecho fundamental al honor no deben enjuiciarse, en esta oportunidad, desde el canon de veracidad y trascendencia pública característicos del derecho fundamental a la libertad de información; sino que son los rasgos normativos del derecho fundamental a la libertad de expresión los que deben determinar la legitimidad del uso de dichos calificativos. Desde esta perspectiva, el TC no duda en confirmar, aquí también, la condena de la jurisdicción ordinaria, al considerar que las expresiones empleadas son «*formalmente injuriosas en el contexto empleado, apareciendo desvinculadas de cualquier finalidad informativa y del objetivo de formación de una opinión pública libre [...] tratándose de meras descalificaciones personales que repercuten sobre su consideración o dignidad individual*» (FJ 4).

4. Justificación a la restricción de la publicación íntegra de la Sentencia.—Al amparo de lo previsto en el artículo 86.3 LOPJ y de la STC 183/2008, el TC acuerda, en la presente Sentencia, y de manera claramente excepcional en su *praxis*, no incluir la identificación completa de las personas físicas involucradas en el caso, para, de este modo, evitar la afectación de su derecho a la intimidad.

STC 100/2009, de 27 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos. Derecho a la libertad de información y expresión. Carácter jurídico de la apreciación de la falta de veracidad en el juicio de constitucionalidad del ejercicio del derecho de información.

Preceptos de referencia: Artículos 20 y 24.1 CE.

El caso tiene su origen en 1996, en la publicación en el diario *El País* de una serie de artículos, firmados por el periodista Ernesto Ekaizer, en los que se relataba, de forma particularmente crítica, la actuación de los tres economistas autores de un dictamen que fue aportado en el procedimiento penal que se seguía, en aquel momento, contra Mario Conde y otros ex administradores de Banesto. La AP de Madrid, revocando la sentencia de primera instancia, estimó la demanda interpuesta por los tres economistas y condenó al autor de los reportajes, al director del diario y a la sociedad editora de éste al pago de una indemnización de 2.000.000 ptas. por los daños morales derivados de la intromisión en los derechos al honor, así como a la publicación de la sentencia. La Sala 1.^a del TS inadmitió el recurso de casación interpuesto por los condenados en la instancia, quienes, seguidamente, interpusieron recurso de amparo fundado, por un lado, y en relación con el Auto de inadmisión del TS, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (derecho de acceso a los recursos); y, por otro lado, y con relación a la sentencia de la AP en la infracción de las libertades de información y expresión. El Tribunal Constitucional, sin necesidad de entrar a valorar este último extremo, estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

1. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los recursos como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.—Si bien el interés de la presente sentencia no reside en su contribución a la configuración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, en su manifestación relativa al derecho de acceso a los recursos, no puede dejar de reseñarse la insistencia del TC —también en la presente sentencia— en integrar el sistema de recursos en el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 24.1 CE. Con todo, y como es sabido, dicha integración se produce *«en la concreta configuración que reciba de cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias»* (FJ 4). Por esta razón, el TC recuerda que *«la admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria»*. Y ello, especialmente, en relación con el recurso de casación, de naturaleza extraordinaria y sometido a unos requisitos intrínsecos (sustantivos) que le confieren un régimen procesal más severo (cfr. FJ 4).

2. La razón de la inadmisión del recurso de casación por la Sala 1.^a del TS.—Antes de enjuiciar la constitucionalidad de la inadmisión, el TC dilucida cuál fue la razón por la que el TS decidió inadmitir el recurso de casación interpuesto por los recurrentes en amparo. El TC comparte, aquí, la caracterización reseñada por el Ministerio Fiscal al respecto: *«el recurso de casación fue inadmitido por no respetar los demandantes de amparo la base fáctica tenida en cuenta por la sentencia de apelación, pretendiendo la alteración de dicha base fáctica mediante una nueva valoración y apreciación de los hechos, lo que excedería del ámbito del recurso de casación, limitado a una estricta función revisora del juicio consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos declarados probados»* (FJ 5).

3. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: el enjuiciamiento de la falta de veracidad y, en general, la constitucionalidad del ejercicio concreto del derecho a la libertad de información, son cuestiones de estricto carácter jurídico.—Para el TC, la razón esgrimida por el Auto del TS impugnado que, como queda dicho, fundó la inadmisión del recurso de casación en que los recurrentes apoyaban la alegada infracción del derecho fundamental en una nueva valoración fáctica de los hechos del caso, no resulta razonable en términos constitucionales y, por ello, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos. En efecto, el TC considera que la argumentación aducida en el recurso de casación, a pesar de contener una valoración de circunstancias de naturaleza fáctica, integra, en realidad, *«un juicio de carácter jurídico de trascendencia constitucional [...] que no conlleva en modo alguno la alteración de la base fáctica de la que dimanaban los artículos publicados objeto del litigio»* (FJ 6). Así, *«la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto»* (ibid.). Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo, dispone la nulidad del Auto impugnado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y retrotrae las actuaciones al momento anterior a dictarse dicho Auto.

STC 124/2009, de 18 de mayo

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular del propio ponente.

Conceptos: Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho a la no discriminación por razón de sexo. Despido de mujer embarazada.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24 CE, y 55.5.b) ET en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral.

No es éste, sin duda, el primer caso en que se reclama tras el despido de una mujer embarazada alegando discriminación por razón de sexo, pero sí es de los primeros en que se resuelve aplicando la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, que modifica el artículo 55.5.b) ET. El debate gira en torno a la calificación (de improcedente o nulo) del despido de la mujer embarazada, teniendo en cuenta esa nueva regulación. Concretamente, se trata de determinar si existe presunción legal de discriminación por el hecho objetivo del embarazo en el momento de producirse el despido o si, por el contrario, es necesario el conocimiento, por parte del empresario, del estado de embarazo de la trabajadora despedida. En el caso que nos ocupa, la empresa desconocía el estado de embarazo de la trabajadora en el momento del despido.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 18 de enero de 2005, declaró la nulidad del despido por discriminatorio, revocando la de instancia, que había considerado justificado el despido por una reestructuración de la plantilla (alegada por primera vez en el acto de juicio). El TSJ entendió que la Ley 39/1999 establece una presunción de discriminación por el hecho objetivo del embarazo en el momento del despido, siendo irrelevante el conocimiento que del mismo tenga el empleador. Tras la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo falló a favor de la empresa, al considerar que el conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora despedida resulta indispensable para que el despido sea calificado nulo por discriminatorio.

El TC resuelve el recurso de amparo planteado con base no sólo en el artículo 14 CE (prohibición de discriminación por razón de sexo) sino en el artículo 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), pues considera que lo que está en juego es la interpretación y aplicación que del artículo 55.5.b) ET han efectuado tanto el Juzgado de lo social como la Sala de lo social del TS. El TC, como ya dijera en la STC de 92/2008, de 21 de julio, declara que *«nada en el art. 55.5.b) ET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despidе, y menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. (...) La nulidad del despido tiene en el artículo 55.5.b) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora»*, siempre que no pueda ser considerado el despido como procedente por otros motivos. (FJ 3).

La nueva regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas está, a juicio del TC, directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamado en el artículo 14 CE, y está también vinculada con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

dos, como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas (art. 40.2 CE) y la protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE). El legislador ha dotado de una protección especialmente intensa a la mujer trabajadora embarazada, y aunque otros sistemas de protección podrían ser igualmente respetuosos con el art. 14 CE, el órgano judicial no puede efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas que prive al precepto legal de las garantías establecidas por el legislador. Por tanto, el TC considera que la interpretación que hace el TS no satisface las exigencias de razonabilidad y motivación reforzadas, por lo que estima vulnerados los derechos de la trabajadora.

La sentencia cuenta con un voto particular, del ponente mismo de la sentencia, en el que manifiesta que la idea de discriminación exige con lógica naturalidad el conocimiento del hecho al que se refiere la discriminación, pues no puede hablarse correctamente de despido *«motivado por el embarazo»*, si el embarazo no se conoce. Pero más allá de una discrepancia en la interpretación de la norma, el voto particular pone de manifiesto que para que el TC pueda oponer una interpretación distinta es necesario justificar la falta de razonabilidad, arbitrariedad o error patente de la sentencia del TS para que esa interpretación pueda merecer el reproche de vulneración constitucional. El ponente considera que, sin entrar en consideraciones de pura legalidad, desde un prisma de constitucionalidad, la sentencia recurrida no merece ninguno de estos graves reproches, por lo que el recurso de amparo debía haberse desestimado.

STC 129/2009, de 1 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Diligencia *a priori* vs. confirmación *a posteriori*.

Preceptos de referencia: 20.1.a) y d) CE.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas que condenan a los periodistas recurrentes por intromisión ilegítima en el derecho al honor, han vulnerado su derecho a la libertad de información por ser veraz la noticia difundida. Los recurrentes entienden que han empleado toda la diligencia exigible y razonable para contrastar la afirmación publicada de que la fallecida regentaba un negocio de prostitución de alto nivel y se dedicaba a la prostitución desde joven.

La libertad de información está constitucionalmente protegida siempre que se refiera a hechos con relevancia pública y que dicha información sea veraz. El TC ha señalado reiteradamente que *«el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad objetiva de lo publicado o difundido, (...) [sino que] deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información»* (FJ 2). Con ello se evita la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas. Además, protege al informador cuando la información resulte ser errónea.

En el caso de autos, los informadores alegan que en el reportaje publicado sobre el crimen vincularon la información con «fuentes policiales» y «fuentes de la investigación», pero la mera invocación de fuentes policiales como origen de los datos no resulta suficiente, pues, como declaran las sentencias de instancia y de apelación, confirmada por el Tribunal Supremo, del atestado policial no se puede deducir la tajante afirmación de que la fallecida regentaba un negocio de prostitución. Por otra parte, alegan los recurrentes que hechos conocidos con posterioridad a la publicación del reportaje demuestran la realidad de sus afirmaciones, a lo que el TC ha opuesto que lo relevante para la veracidad informativa «no es que a posteriori se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquellos» (FJ 2).

STC 158/2009, de 29 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen de menores. Protección de menores. Derecho fundamental a la libertad de información. Imagen accesoria.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 a) y d) CE; artículos 3, 7.5 y 8.2 LO 1/1982; artículo 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Los hechos del conflicto constitucional enjuiciado por la presente sentencia se remontan a mayo de 1997, cuando la sociedad editora del diario *La Opinión de Murcia* publicó un reportaje divulgativo sobre las actividades de una asociación de padres de niños con deficiencias auditivas, bajo el titular «*Discapacitados*», e ilustrado con una fotografía en la que se representaba la imagen de un niño, junto a una profesora del centro de dicha asociación. Los padres del menor, en nombre de éste, interpusieron una demanda por vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, solicitando una indemnización por el daño moral originado por la publicación no autorizada de la imagen del menor. La instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad editora del medio a abonar una indemnización de 3.005 Euros al menor. El Tribunal Supremo confirmó este pronunciamiento. El TC confirma, por medio de la presente Sentencia, la condena sobre la base de la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen del menor.

1. Delimitación del conflicto constitucional en juego.—Del mismo modo en que se planteó el caso en la jurisdicción ordinaria, el TC aclara que el conflicto constitucional a resolver atañe al derecho a la propia imagen del menor y al derecho a la libertad de información del medio de comunicación condenado. No es, por tanto, objeto de debate el derecho fundamental a la intimidad, pues, según el TC, la publicación litigiosa «no afecta al sentimiento de pudor personal con arreglo a las estimaciones arraigadas en nuestra cultura, y no fue captada en un ámbito que pueda considerarse privado a estos efectos» (FJ 2).

2. Caracterización constitucional del derecho a la propia imagen.—A modo de resumen de la jurisprudencia constitucional, la presente sentencia caracteriza a este derecho como «un derecho de la personalidad» y desde su doble contenido positivo y negativo (facultades de autorizar y prohibir los usos amparados por su ámbito objetivo de aplicación): «se configura como un dere-

cho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado» (FJ 3). De este modo, y a lo que en el presente caso interesa, el derecho a la propia imagen aparece delimitado por dos tipos causas: (i) la propia voluntad del titular del derecho; y (ii) la existencia de un «interés público en la captación o difusión de la imagen», y ello, siempre que este interés público «se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen» (ibid.).

3. La singular protección constitucional del derecho a la propia imagen de las personas menores de edad.—En la medida en que se encuentra afectado el derecho a la propia imagen de un menor y, acaso, porque la jurisprudencia constitucional no ha tenido muchas oportunidades de sentar una doctrina clara acerca de las particularidades que ello implica, la presente Sentencia contiene datos de particular interés. En primer lugar, la singular protección que el ordenamiento jurídico concede al menor en relación con el uso de imagen se desprende, según el TC, de la propia CE, en la mención del art. 20.4 a la «protección de la juventud y de la infancia» como un límite a las libertades de información y de expresión. En segundo lugar, dicha protección singular se encuentra, asimismo, en el art. 10.2 CE, esto es, en la remisión a las normas internacionales de protección de los derechos humanos (en particular, a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1990) como pauta de interpretación de los artículos 18.1 y 20.1 CE. En tercer lugar, el régimen jurídico (civil) de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen también contiene datos relevantes sobre la protección constitucional de dichos derechos cuando su titular es un menor de edad. Y, en fin, el artículo 4 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor de edad completa el régimen constitucional del derecho fundamental a la propia imagen del menor de edad en Derecho español. La descripción de este régimen jurídico sirve —además de para constatar que, para la jurisprudencia constitucional, las leyes orgánicas de desarrollo de derechos fundamentales integran, de manera inequívoca, su contenido constitucional— para que el TC concluya, en resumen de lo anterior, que, «para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen [...], será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996)» (FJ 4).

4. La ponderación de derechos en el caso.—A despecho de los argumentos aducidos por la recurrente en amparo, por los cuales trataba de fundar la protección de la publicación litigiosa en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información y, en particular, en las bondades e interés social que subyacen tras ella, el TC considera que, en el caso, prevalece el derecho al honor del menor de edad. En efecto, el TC, asumiendo íntegramente el razonamiento de los órganos de la jurisdicción y, en particular, el de la Sala I.^a del TS, considera determinantes: (i) la ausencia de consentimiento de los padres

del menor para la publicación de la imagen litigiosa; (ii) la falta de interés público en la captación y difusión de la imagen del menor, lo que impide que la veracidad de la información sirva como criterio para enjuiciar la legitimidad del uso litigioso; y (iii) la imposibilidad de configurar la imagen del menor como accesoría. En relación con esto último, resulta de especial interés el razonamiento seguido por el TC (y que ya fue apuntado por los tribunales ordinarios): *«Cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto [art. 8.2 c) LO 1/1982] ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor»* (FJ 6).

STC 163/2009, de 29 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Custodia de menor y régimen de visitas. Audiencia al menor.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

Se solicitó por parte de un progenitor la modificación de medidas sobre la custodia del menor y, entre otros extremos, que, aun cuando se mantuviera la custodia del menor en la persona de su madre, se modificara el régimen de visitas con el padre para que la relación de éste con el menor fuera estableciéndose paulatinamente. La madre no sólo se oponía a esta petición, sino que, con carácter subsidiario, solicitaba un régimen más restrictivo, de modo que las visitas se espaciaran en el tiempo y tuvieran una duración no superior a una hora. Se solicitó informe y los técnicos señalaron que el menor no mostraba signos de rechazo hacia la figura paterna y que las visitas debían proseguir. Hay que destacar que el menor contaba en ese momento con once años de edad y que su audiencia fue denegada porque ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del Juzgado.

En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas vulneran el derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor. Estas vulneraciones se habrían producido por la falta de audiencia al menor de edad, quien tenía suficiente juicio por desconocimiento del carácter judicial de la audiencia del menor establecido legalmente y de la doctrina del TC al respecto (con cita de las SSTC 221/2002, 152/2005 y 17/2006).

En opinión del TC: *«La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación señala que, [...] siendo la pretensión de la recurrente conocer la opinión del menor respecto al régimen de visitas, esa opinión ya es conocida, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor que sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»* (FJ. 6).

STC 174/2009, de 16 de julio**RA: Estimado.****Ponente: Pérez Tremps.****Conceptos: Indefensión, derecho a la defensa, asistencia y tutela judicial efectiva.****Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 24.2 CE.**

El recurrente había sido demandado en un juicio verbal sobre alimentos y custodia de su hijo menor de edad. En ambos casos se le hizo la advertencia de que tenía que comparecer asistido por Abogado y Procurador. El recurrente solicitó ante el Colegio de Abogados el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, lo que provocó que dicho Colegio solicitara del Juzgado la suspensión del proceso, siendo acordada en relación con el trámite de contestación de la demanda, pero nada se dijo en relación a la vista oral sobre la adopción de medidas cautelares que fue realizada sin que compareciera el recurrente.

El objeto de este recurso es determinar si se han vulnerado al recurrente sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) por haberse celebrado la vista de medidas cautelares sin su comparecencia, estando pendiente la designación de profesionales del turno de oficio por la solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita, y a pesar de que el propio órgano judicial ya había suspendido el plazo para contestar a la demanda por ese mismo motivo.

Señala el TC que « *el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) se proyecta no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas, y que su finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso por el art. 24.1 CE.* » (FJ.2).

En atención a ello, el TC ha considerado vulnerado el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), así como a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en supuestos en que, siendo preceptiva la intervención de Abogado y habiéndose solicitado su nombramiento, no se tramitó dicha solicitud ni se suspendió el procedimiento, generando con ello una indefensión material al recurrente (así, SSTC 225/2007, de 22 de octubre, o 189/2006, de 19 de junio).

STC 184/2009, de 7 de septiembre**RA: Estimado.****Ponente: Pérez Vera.****Conceptos: Delito de impago de pensiones. Proceso con garantías. Derecho a la defensa.****Preceptos de referencia: Artículo 24.2 CE.**

La separación de los cónyuges se llevó a cabo de común acuerdo y por tanto representados por el mismo Procurador. La sentencia de separación es de fecha 16 de Octubre de 2002. El 20 de noviembre de 2002 la esposa formuló denuncia por impago de pensiones.

El demandado-recurrente fue absuelto por sentencia del Juzgado de lo Penal ya que considera el Juez de instancia que los hechos probados no son constituti-

vos de infracción penal, puesto que a la fecha de la denuncia sólo había transcurrido un mes y cuatro días desde que se dictó la Sentencia de separación, que es la que da validez al convenio, de manera que, cuando se presentó la denuncia ante la Comisaría, el acusado no podía estar incurso en el tipo del art. 227 CP, al no haber podido dejar de pagar, en ese momento, dos meses consecutivos.

Contra la anterior resolución interpuso la acusación particular recurso de apelación, que fue estimado por la AP de Madrid que, revocando la de instancia, lo condenó como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones. La Audiencia, aceptando los hechos probados de la Sentencia apelada, llega a una diversa conclusión, al considerar que, una vez dictada la Sentencia que aprobó el convenio regulador, es la fecha y el contenido de ésta en relación con las prestaciones económicas objeto de protección en el tipo penal contemplado, la que debió considerarse como delimitadora de los incumplimientos denunciados. El demandado no compareció al juicio oral y nada alegó en la declaración que efectuó ante el Juez Instructor, donde reconoció, sin embargo, haber dejado de pagar desde hacía cuatro meses la pensión porque *«se ha metido en un piso y no puede hacer frente»*.

La divergencia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria se circunscribe a una cuestión puramente jurídica ajena a la valoración de las pruebas personales. El Juez de lo Penal estimó acreditado el impago reiterado de las pensiones alimenticias sobre la base de las declaraciones de la denunciante y del acusado, declaración esta última prestada en la fase de instrucción, ya que no compareció al acto del juicio oral. Sin embargo, el órgano judicial absolvió al demandante con el argumento de que no habría resultado probada la fecha en que se le notificó la sentencia de separación, ni tampoco la fecha en que ésta devino firme. Frente a ello, la AP, aceptando en su integridad los hechos declarados probados en la instancia, infiere de los mismos que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la referida sentencia y de su obligación de pagar la pensión alimenticia, en tanto que en el proceso de separación los dos cónyuges estaban representados por el mismo Procurador, por lo que ha de entenderse que ambos tuvieron conocimiento de la resolución al mismo tiempo, sin que el acusado adujera lo contrario, de manera que cuando se ratificó la denuncia ante el Juzgado de Instrucción, ya se había producido el impago durante más de dos meses consecutivos, concurriendo, pues, los elementos integrantes del tipo penal finalmente aplicado.

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse revocado la sentencia absolutoria de instancia sobre la base de una nueva valoración probatoria sin observancia de la exigible inmediación judicial, añadiéndose que el tribunal de apelación debió examinar directa y personalmente al acusado. El demandante denuncia la ausencia de inmediación en la valoración de las pruebas personales, agregando que no ha sido oído por la AP.

Señala el TC que *«no le asiste la razón al recurrente en amparo cuando afirma que se vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al incumplirse el principio de inmediación, pues la Audiencia no varió la apreciación probatoria de las declaraciones, sino que se limitó a dictaminar la culpabilidad de aquél con base en los hechos considerados probados en la primera instancia»* (FJ.2) En cambio *«debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la Sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En*

primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la Sentencia condenatoria no cabía ya recurso alguno» (FJ.3).

Se entiende en definitiva que los intereses del demandante no fueron enteramente protegidos ya que la AP hubiera debido concederle la posibilidad de ser oído antes de condenarle, «en la medida en que la vista, en este caso, estaba llamada a servir a los fines de la parte apelante, era ésta quien tenía la carga de promover los presupuestos precisos para que el órgano judicial al que acudió pudiera satisfacer su pretensión (STC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 3), siendo posible, por lo demás, que la celebración de la vista se hubiera acordado de oficio (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11)» (FJ.3).

STC 196/2009, de 28 de septiembre

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde. Voto particular de Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Tutela judicial y acceso al proceso. Propiedad intelectual.

Litigio sobre devolución o descuento del montante del canon por copia privada. Legitimación e interés de las sociedades de gestión (SGAE) para intervenir en esos litigios.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE. Arts. 25, 31 y 150 Ley de Propiedad Intelectual (LPI).

El caso se sitúa en el debate acerca del canon previsto en la Ley de Propiedad Intelectual (art. 25) para compensar los perjuicios que el límite de copia privada (art. 31.2 LPI) causa a los titulares de derechos de autor y afines. La normativa española viene condicionada en este punto por la Directiva 2001/29/CE, de Derechos de autor en la Sociedad de la información, cuyo art. 5.2,b) permite a los Estados introducir, si lo desean, el expresado límite, «*siempre que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa*». España, que ya contemplaba tal límite, lo ha mantenido, aplicándolo tanto a las copias analógicas como a las digitales. El sistema o expediente compensatorio, como en la abrumadora mayoría de países de la UE, pasa por el establecimiento de un canon sobre los instrumentos (dispositivos y soportes) utilizados o, mejor, utilizables para la realización de las copias. Se trata, como puede verse, de un expediente indirecto y, como tal, susceptible de desviaciones. Se intenta corregirlas valiéndose de diversos criterios destinados a evitar la aplicación del canon a dispositivos y soportes que no van a utilizarse para hacer copias privadas o, al menos, no de forma significativa. La incorporación de la Directiva y los reajustes que, con tal ocasión, se introdujeron en la LPI fueron objeto de viva polémica, finalmente zanjada por la Ley 23/2006 y la OM 1743/2008. El debate, sin embargo, se ha mantenido vivo en otros foros. Las objeciones (con *enmiendas a la totalidad* o propuestas de reforma parcial) siguen resonando en foros especializados y medios de comunicación e incluso se han abierto camino hasta los tribunales. Hay que destacar aquí, en particular, la cuestión prejudicial planteada ante el TJCE

por la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona (Sección 15, Auto de 15/9/2008) con ocasión de un litigio en el que SGAE reclamaba a una sociedad el pago del canon por copia privada (*SGAE c. Padawan S.L.*). Entre otras cosas, la AP pide al TJCE que se pronuncie acerca de si el gravamen «*debe ir necesariamente ligado [...] al presumible uso de [los] equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada, de tal modo que la aplicación del gravamen estaría justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no lo estarían en caso contrario*». Habrá que esperar a ver cómo se resuelve esta importante Cuestión. Pero, entre tanto, quienes se oponen al sistema compensatorio han abierto otros frentes, intentando forzar pronunciamientos judiciales que lo pongan en cuestión. Este es el marco en el que cabe situar el pleito origen del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Un ciudadano compra un CD-R virgen en un establecimiento comercial, pidiendo una factura en la que se desglose el canon por copia privada. El comercio así lo hace, especificando que del precio total (0,60 €), 0,19 € corresponden al repetido canon (corresponden o corresponderían pues el fabricante o importador que lo pagó podría no haberlo repercutido en el precio). Estaría fuera de lugar sugerir que el cliente advirtió al comercio de sus intenciones y, más aún, que uno y otro actuaron de acuerdo para provocar la deseada resolución judicial. Dejando a un lado ese tipo de cábalas, lo cierto es que la demanda se interpuso: el cliente, aportando su factura, reclamó al comercio 0'19 €. En el suplico se denunciaba también la inconstitucionalidad del art. 25.1 LPI, en relación con el art. 151 del mismo texto legal, pidiendo que el Juzgado planteara la correspondiente cuestión (la STC sintetiza en su primer Antecedente los argumentos del demandante). El Juzgado no accedió a esta petición. Tampoco acogió la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el demandado, pero, entrando en el fondo, dictó sentencia desestimatoria al considerar que el canon por copia privada y su eventual repercusión en el precio final de los soportes eran correctos «*atendiendo a la configuración legal del derecho de autor*». Se recurrió en apelación insistiendo en un argumento que, a juicio del recurrente, debía hacer mella en un órgano judicial: el canon se aplicaría incluso a los soportes usados para la grabación de los actos judiciales (audiencias, juicios). La Audiencia de Málaga tampoco accedió a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, nuevamente pedida. Pero estimó el recurso, al entender que el sistema de compensación no excluye que el adquirente de los equipos y soportes gravados pueda «*demonstrar que no se han usado para la reproducción de las obras a las que se refiere la Ley*» (vid. Antecedente 2-c de la STC). La LPI habría establecido la simple presunción de que cierto material va a usarse para hacer copias privadas, sin cerrar la puerta a la prueba en contra. Se trataría así de «*un problema meramente probatorio*». En este caso, la pretensión de devolución (...o descuento) sería procedente porque el actor habría probado que compró el CD-R virgen para obtener una copia del acta del juicio: «*se deduce sin género de duda que la compra de un concreto disco a los fines de la grabación de un acto judicial público ordenada legalmente no es incluible en el supuesto fáctico que establece el artículo 25 repetido de la Ley de propiedad intelectual*» (*ibidem*). Si no se le devolvieran al comprador los 0'19 € se produciría a juicio de la Audiencia un «*cobro de lo indebido*».

De tal conclusión –un éxito para los promotores de la demanda– se hicieron eco los medios de comunicación, cosa que movió a una de las sociedades de

gestión legitimadas –obligadas– a recaudar el canon (SGAE) a interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia. Tal como se recoge en la STC la SGAE adujo: «*la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse debatido en el proceso sobre el contenido y alcance de una obligación legal de la que es legítima acreedora sin que se le haya dado la más mínima posibilidad de acceder al procedimiento judicial a fin de poder defender su interés legítimo en la cuestión*» (Antecedente 2-d STC). La Audiencia acordó denegar de plano la nulidad «*por entender que la SGAE no tiene un interés directo y legítimo en el resultado del pleito*». A juicio de la Audiencia había que separar la relación entre la sociedad de gestión como acreedora del canon frente a los deudores del mismo y la relación entre éstos y, en particular, los distribuidores finales y sus clientes. En esta última relación (un simple contrato de compraventa de un CD-R) la SGAE ni sería parte ni tendría legitimación alguna para intervenir, como demuestra –añade la Audiencia– «*el hecho de que el vendedor –en todo caso deudor del canon, según el legislador– puede deliberadamente asumir su coste si decide no repercutirlo al comprador en el marco de los dispuesto en el art. 1255 CC*» (*ibidem*).

La SGAE recurrió en amparo por violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Alegaba estar legalmente obligada a gestionar el cobro del tan repetido canon (un derecho compensatorio excluido de toda posible gestión individual) y subrayaba, además, que el comercio demandado ocupaba frente a ella la cualidad de deudor solidario del canon. La SGAE concretaba los efectos de la sentencia de la Audiencia en los siguientes términos: «*Si la remuneración compensatoria se ha declarado indebida por la Sentencia frente a la que solicitamos amparo, ocurre que el establecimiento condenado podría oponer frente a mi mandante tal resolución firme para exonerarse de su responsabilidad solidaria que le incumbe con base en el precepto antes citado*» (Antecedente 3 STC). Por todo ello, la recurrente en amparo pedía que se reconociera que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial, junto con la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial y de todas las actuaciones anteriores, «*mandando reponer las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda, ordenando su notificación a la recurrente, a fin de que pueda intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos e intereses legítimos*» (*ibidem*).

El TC estima el amparo porque la Audiencia Provincial, al estimar el recurso y revocar la sentencia del JPI, «*efectúa una interpretación del art. 25 LPI, razonando que este precepto permite acreditar el destino final del soporte mediante una presunción iuris tantum que puede llevar a la inexigibilidad del canon si no se trata de la divulgación de alguna de las obras por él protegidas, y que en esa situación se encontraría justamente la grabación de las vistas judiciales*» (FJ 3). Por lo pronto, como se ve, el TC toma nota de las consecuencias que podría tener la sentencia (y no tanto ella misma como el criterio sentado en ella), para el sistema legal de compensación por copia privada. «*Dados los términos de la demanda rectora del proceso*» dice el TC, «*su admisión a trámite conllevaba abrir un debate procesal en el que los derechos e intereses de la SGAE, como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, autorizada ante la Administración desde 1988 y cuyos estatutos prevén expresamente su intervención judicial para la defensa entre otros del derecho de los autores a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI (según acreditó en el proceso judicial, cuando interpuso el incidente de nulidad de actuaciones), podían verse afectados*» (FJ 3). La compensación por copia privada, añade, es un derecho de gestión colectiva obligatoria, «*no obs-*

tante lo cual, todo el proceso se tramitó sin que la entidad demandante de amparo fuera llamada al mismo, a fin de poder defender su legítimo interés en la cuestión debatida»; y ello a pesar de que la sociedad demandada (el comercio) había denunciado su propia falta de legitimación pasiva.

La conclusión del TC es que, en efecto, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial de la recurrente en amparo, en su vertiente de acceso al proceso. «La decisión judicial que aprecia su falta de legitimación pasiva en el procedimiento se funda en una interpretación de las normas procesales aplicables al caso abiertamente restrictiva y rigorista, que conlleva una consecuencia desproporcionada, al haber sido excluida la SGAE de un procedimiento en el que prima facie resulta evidente la existencia de un interés legítimo, en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el art. 25 LPI, así como el papel atribuido por la Ley a las sociedades de gestión de los derechos contra [sic] la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, «como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon»» (FJ 3). Por todo ello, se otorga el amparo y, con las anulaciones correspondientes, se retrotraen las actuaciones «al momento inmediatamente anterior a admitirse la demanda, para que en su lugar se provea dicho trámite en términos respetuosos con el derecho fundamental reconocido a la recurrente». No queda claro qué significa eso. ¿Un litisconsorcio pasivo necesario? ¿Una intervención de tercero por la vía de los arts. 13 ó 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?... Teniendo en cuenta que SGAE no es la única entidad de gestión involucrada en la recaudación de la compensación, es más razonable entender que se trata de lo segundo. En cualquier caso, parece que el TC no ha querido limitarse a resolver una cuestión de técnica procesal, sin contemplar también el problema, más amplio, del impacto de la resolución impugnada.

La sentencia tiene, no obstante, un voto particular discrepante. De acuerdo con él la Audiencia no hizo una interpretación rigorista y contraria al art. 24 CE cuando entendió que la legitimación atribuida por el art. 150 LPI a las entidades de gestión se aplica a la relación entre éstas y los deudores de la compensación y no, en cambio, a la existente entre los vendedores de los dispositivos o soportes y los clientes-consumidores que los adquieren.

STC 209/2009 de 26 de noviembre

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho a la igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE. Art.24 CE. Art.24 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

La empresa A.I.O. S.A., titular de un taller de reparación de automóviles, reclamó en mayo de 1995 a la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) el pago de 6.556€ como contraprestación por el servicio de depó-

sito de tres automóviles que habían quedado precintados e inmovilizados en dicho taller por agentes de la Guardia Civil. Ese mismo mes la AEAT comunicó a la empresa titular del taller que consideraba excesiva la cantidad reclamada por lo que la empresa acreedora demandó a la AEAT.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a la AEAT al pago de 6.556€ más los intereses legales y las costas. La AEAT recurrió contra dicha sentencia y la Audiencia Provincial que conoció el caso confirmó la Sentencia de instancia en marzo de 2005 salvo en lo relativo a la condena al pago de intereses legales, ya que éstos debían devengarse conforme a lo dispuesto en el art.24 de la Ley General Presupuestaria, conforme al cual «*si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación*».

La empresa titular del taller de vehículos solicitó la aclaración de la sentencia a la AP por estimar que el Tribunal había incurrido en error al fijar el momento inicial del cómputo del plazo aplicable al pago de los intereses legales en la fecha de notificación de la Sentencia de apelación (abril 2005) cuando dicha fecha debería haberse fijado desde que la AEAT reconoció su obligación de pago del depósito (mayo 1995). La Audiencia declaró no haber lugar a la aclaración solicitada por lo que la empresa solicita el amparo al Tribunal Constitucional por lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) y a su derecho fundamental a la igualdad (art.14 CE) al considerar que la sentencia de la Audiencia privilegia la posición deudora de la Hacienda Pública al posponer el devengo de los intereses moratorios a su cargo.

El TC siguiendo la STC 23/1997 en un supuesto similar, declara que en este caso el particular para lograr el pago de lo debido ha tenido que acudir a un procedimiento judicial y «*si se le niegan los intereses devengados durante ese período, en modo alguno conseguiría la plena satisfacción de su derecho, pues al tener que acudir a un proceso para lograr su reconocimiento, el tiempo empleado en ello generará de suyos unos perjuicios que quedan sin resarcir*» (FJ 3.º). De acuerdo con el TC el entendimiento del art.24 de la Ley General Presupuestaria que hace la sentencia de la AP conduce a la aplicación de un criterio discriminatorio por cuanto dispensa a la Administración deudora un tratamiento privilegiado desprovisto de la cobertura constitucional y contrario a las exigencias del principio de igualdad. Razones éstas por la que otorga el amparo.

STC 217/2009, de 14 de diciembre

RA: Estimado.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Protección del menor. Derecho de visitas. Tutela judicial efectiva. Inadmisión de recursos.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 452 LEC.

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes: Se solicitó la modificación del régimen de visitas de un menor y la recurrente interpuso recurso de reposición, alegando la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral. Por providencia de 23 de

octubre de 2006 el mismo órgano judicial inadmitió el recurso de reposición con la escueta motivación de «no figurar expreso en el recurso la infracción en la que la resolución judicial impugnada incurría, tal y como exige el art. 452 LEC 2000». La demanda de amparo tuvo entrada en el Tribunal el 27 de noviembre de 2006. Y en paralelo se recibió en el Juzgado de Primera Instancia un informe del punto de encuentro donde se realizaban las visitas del menor con su padre, en el que se anunciaba la renuncia del padre a las visitas con su hijo a fin de, según sus referencias, no verle sufrir ni generarle más angustia.

En la demanda de amparo que sigue tramitándose a pesar de que el problema humano ya quedó resuelto se plantea hasta que punto un exceso de rigorismo provoca la vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos. El TC señala que *«es nuestra doctrina reiterada, como sintetiza la STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2, que el derecho a la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de la pretensión, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, se satisface también con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal que haya sido apreciada razonablemente por el órgano judicial (así, y entre otras, ya desde nuestra temprana STC 11/1982, de 29 de marzo, las SSTC 69/1984, de 11 de junio, y, entre las más recientes, 8/1998, de 13 de enero, y 122/1999, de 28 de junio). Por ello, las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo, salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que ocurre cuando carecen de la debida motivación (SSTC 214/1988, de 14 de noviembre; 63/1992, de 29 de abril); se funden en una interpretación de la legalidad ordinaria arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo); sean el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio); se apoyen en una causa legal inexistente o en la exigencia de unos requisitos formales excesivamente rigurosos (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 57/1988, de 5 de abril; 18/1993, de 18 de enero; 172/1995, de 21 de noviembre; 135/1998, de 29 de junio; 168/1998, de 21 de julio; 63/2000, de 13 de marzo; 230/2000, de 2 de octubre). El control constitucional de estas decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial (SSTC 87/1986, de 27 de junio, y 118/1987, de 8 de julio, hasta la STC 16/1999, de 22 de febrero), atenuándose ese control en fase de recurso (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, 115/1999, de 14 de junio)»* (FJ.3).

En su consecuencia la resolución judicial por la que se acuerda no tramitar el recurso de reposición ha de considerarse contraria al art. 24.1 CE, pues la demandante de amparo fundó su recurso de reposición en la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral, que sólo podría encontrar cabida en el art. 15 CE y, por toda respuesta, el órgano judicial adoptó la providencia que inadmitía el recurso con el fundamento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **M.^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho.—El abuso de derecho constituye un límite al ejercicio derecho subjetivo, de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance restrictivo. Por ello, como institución de equidad, sólo procede apreciarlo cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o cuando se utiliza de modo anormal o contradictorio con la convivencia social. Según recoge la STS de 14 de diciembre de 2007, para su apreciación es necesario que se ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (ejercicio anormal) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia y que vienen determinada por

la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho y por la objetiva de exceso en su ejercicio.

Inexistencia de abuso de derecho.—No existe abuso de derecho cuando la intención del sujeto es defender sus intereses legítimos y en su actuación existe una finalidad seria que impide apreciar la existencia de una voluntad encaminada únicamente a causar perjuicio. Ello es así, aunque el sujeto actúe creyéndose amparado por la titularidad de derechos cuya existencia pudiera ser discutible, pues aún cuando la creencia fuera errónea, por no existir en realidad tales derechos, no por ello desaparece la seriedad y la legitimidad del interés cuya protección se persigue, ni surge la voluntad encaminada a perjudicar, ni se llega a convertir en malicioso o abusivo el ejercicio del derecho. (**STS de 20 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La empresa constructora P. se disponía a edificar en un solar colindante con el negocio que explotaban J. y L. La construcción proyectada exigía el cierre de una ventana que existía en el local ocupado por J. y L., por lo que la constructora les envió un requerimiento exigiendo el cierre del hueco y la retirada de un tubo extractor de humos. J. y L. se opusieron al requerimiento afirmando que tenían derechos legítimos sobre la ventana (concretamente, alegaron la existencia de una servidumbre de luces y vistas) y apercibieron a la constructora para que se abstuviese de realizar cualquier acto que impidiese el ejercicio legítimo de tales derechos. Como consecuencia de dicha oposición, y ante el temor de tener que soportar un interdicto de obra nueva, la empresa constructora realizó una modificación en el proyecto de la obra que supuso una reducción del espacio a construir.

La empresa constructora interpuso una demanda de responsabilidad extracontractual exigiendo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la oposición de los demandados al requerimiento que en su día les había realizado. Dichos daños los concreta la actora en la modificación de la obra y la consiguiente reducción del espacio construido.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia que desestima la demanda y declaró que, a pesar de que nominalmente se ejercitó una acción de responsabilidad extracontractual, la pretensión indemnizatoria debe enmarcarse en el ejercicio de una acción indemnizatoria por abuso de derecho, concluyendo que la conducta de los demandados no puede ser calificada de abusiva ni contraria a la buena fe, puesto que su oposición no carecía totalmente de causa ni tenía como motivación causar un daño a la constructora, sino proteger sus intereses. La empresa constructora interpuso recurso de casación. (*L. P. S. M. P.*)

2. Culpa extracontractual: responsabilidad del arquitecto por daños causados en las fincas colindantes: artículo 1909 CC: Interpretación de «tiempo legal»: plazo de prescripción.—El artículo 1909 CC establece que si el daño resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su defecto, contra el cons-

structor, dentro del tiempo legal. Esta última expresión constituye una referencia al momento en que debe aparecer el defecto para que pueda ser atribuido a los técnicos que han intervenido en la construcción que ha producido el daño; se trata, por tanto, de una remisión al plazo de garantía del artículo 1591 CC, que era el aplicable en el momento en que se produjeron los daños que se reclaman y que ahora debe entenderse efectuada a los plazos previstos en el artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la construcción. Ello no quita que deba aplicarse el plazo del artículo 1968, 2.º CC para computar el plazo de prescripción de la acción de los terceros afectados *desde que lo supo el agraviado*, porque al tratarse de una responsabilidad extracontractual, debe regirse por el plazo de prescripción indicado, a contar desde el momento que en él se prevé, siempre que se produzca dentro del plazo legal. No hay ninguna duda de que en el presente litigio el *tiempo legal* a que se refiere el artículo 1909 CC, en base al que se ha interpuesto la acción, eran los diez años previstos en el artículo 1591 CC, y que a partir del momento en que los agraviados conocieron los daños, el plazo para el ejercicio de la acción era de un año, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1968, 2.º CC.

Interrupción del plazo de prescripción: doctrina general: no hay interpretación extensiva de los supuestos legales.—La interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes de la llegada del plazo; el CC prevé tres formas de interrupción, de acuerdo con el artículo 1973 CC: a) la reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial; y c) cualquier acto de reconocimiento de deuda efectuado por el deudor. En este recurso sólo interesa la segunda opción.

El Código Civil introdujo la reclamación judicial como forma de interrumpir la prescripción. Tal interrupción constituye un acto de naturaleza conservativa que tiene por finalidad la defensa del mismo derecho, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva cuando se considera que se ha producido un auténtico acto de interrupción, puesto que se trata de un acto ligado al principio de defensa; lo que debe determinarse es si dicha interrupción tuvo o no lugar. Para que se produzca interrupción prescriptiva: 1.º) No se requiere que se formulen reclamaciones por escrito ni que éstas asuman ninguna forma: otra cosa será la prueba, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos, y así la jurisprudencia ha entendido que puede adoptar diversas formas, como cartas reclamando daños (SSTS de 11 de febrero de 1966 y 11 de marzo de 2004), o reclamaciones efectuadas según mandato verbal por un abogado «en nombre de mis clientes» (STS de 18 de enero de 1968); según STS de 27 de junio de 1969, esta Sala entendió que «a los efectos interruptores de la prescripción son eficaces tanto los actos del titular de la acción como los de quien ostente la debida representación», y admitió que el Abogado, a estos efectos, tenía las mismas facultades que el Procurador; la STS de 10 de marzo de 1983 afirma que la sentencia recurrida afirma categóricamente la existencia de una conversación en búsqueda de un acuerdo entre las partes, así como de posteriores contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho; la STS de 14 de diciembre de 2004 admite que una carta interrumpiera la prescripción. Como resumen de esta doctrina la STS de 27 de septiembre de 2007, citando las de 22 de noviembre de 2005 y 6 de febrero de 2007, declara que el artículo 1973 CC no avala una interpretación

rigurosa y formalista de lo que ha de entenderse por reclamación extrajudicial, pues no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial, como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin. 2.º) Probada la reclamación extrajudicial se producirá interrupción de la prescripción, que existirá siempre que el titular del derecho demuestre al sujeto pasivo su voluntad inequívoca de reclamar el daño, con independencia de la forma utilizada para reclamarlo. 3.º) Esta Sala ha considerado siempre que la interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho, cuya existencia compete a la sala de instancia (así, entre las antiguas las SSTs de 29 de junio de 1964 y 31 de mayo de 1965, y, entre las más modernas, SSTs de 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003).

En el presente procedimiento han quedado probadas las conversaciones entre los Abogados de las partes sobre las reparaciones a efectuar en los edificios de cada una de ellas, por lo cual debe entenderse que se produjo la interrupción de la prescripción en forma extrajudicial. Y aunque esta Sala ha venido entendiendo que la prescripción es una institución que debe aplicarse con cautela (por todas, la STS de 2 de noviembre de 2005 y el resumen que se hace de la doctrina jurisprudencial), también lo es que cuando no hay duda de que los titulares del derecho lo han ejercido, la aplicación de las reglas sobre interrupción extrajudicial no constituye una interpretación extensiva sino una forma de protección del derecho, con la aplicación rigurosa de las normas que regulan la prescripción. (STS de 21 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

3. Eficacia del reconocimiento de deuda.—Según el artículo 1973 CC, el acto de reconocimiento de la deuda por el deudor opera como causa de interrupción de la prescripción. De esto se infiere que no comporta por sí mismo una alteración de la naturaleza de la obligación a efectos del régimen de prescripción, puesto que la interrupción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, y a partir de la interrupción se comienza a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción. Sólo existiría una modificación del régimen de prescripción aplicable si se hubiera producido una novación extintiva o propia de la primitiva obligación, la cual ha de constar expresamente en la escritura de reconocimiento, según establece el artículo 1224 CC.

Plazo aplicable a la obligación de retribuir gestiones de intermediación.—En el artículo 1967.1.º CC se incluyen los honorarios y derechos de diversos profesionales, entre ellos los agentes, y en dicha categoría se hallan incluidos los encargados de gestionar negocios ajenos (STS 18 de abril de 1967 y 22 de enero de 2007). (STS de 16 de abril de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 8 de junio de 1988 don Simón, don Juan Ramón y don Darío, como consejeros delegados de G.C., SA (solo firmaba el primero de ellos), doña Laura (en nombre propio y de sus hijas), don Francisco (en nombre propio y de sus hermanos) y doña Irene (en nombre propio y de sus hijos), don Daniel, que representaba a P. M., S.A., y don Matías, que representaba a M., S.A., firmaron un instrumento privado en el que se comprometen solidariamente a retribuir por las gestiones de intermediación ante el Ayuntamiento a P. M. y a M. Concretamente se acordó que, con imputación al con-

junto de solares que les sean asignados por la Junta de Compensación, se adjudique a P.M. y M., conjuntamente, o a una sola de dichas compañías, una parcela edificable de mil doscientos metros cuadrados de superficie, y que «los 1200 metros cuadrados que se citan en la Estipulación Primera podrán ser sustituidos por su valor en metálico mediante justiprecio convenido entre las partes».

El 16 de octubre de 1997 P.M. y M. presentaron demanda contra todos los firmantes del documento citado reclamando el cumplimiento de la obligación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar solidariamente a las sociedades actoras 26.215.200 pesetas, suma que debía ser actualizada con la aplicación del IPC. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y desestimó la demanda, fundándose en que no era válido el consentimiento prestado en nombre de G.C., pues dos de los tres consejeros delegados mancomunados no habían firmado el documento; y, respecto de los restantes deudores, en que la deuda había prescrito por el transcurso del plazo de tres años establecido en el artículo 1967.1.ª del CC.

NOTA.—La cuestión principal que se plantea en el recurso de casación es la calificación de la obligación reclamada a efectos de la determinación del plazo de prescripción. En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia que señala que el carácter restrictivo de la prescripción debe ser tenido en cuenta para interpretar la voluntad del acreedor de conservación o abandono de su derecho; pero no obsta a la debida calificación de la obligación a efectos de determinar el plazo de prescripción.

Como declara la STS 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9245), en cuanto el reconocimiento contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente. (M. C. L. J.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Derecho al honor. Intromisión ilegítima. La constituye la falsa atribución de hechos constitutivos no sólo de un ataque a su dignidad personal y profesional, sino también de verdaderos ilícitos punibles.—

Acreditada la falta de veracidad de los hechos que la demandada imputaba a la actora en el escrito que dirigió a la Consejería, es de ver que se trataba de conductas cuya comisión encerraba en sí misma la idea de desvalor y que, habiendo trascendido al ámbito donde la demandante realizaba su trabajo, afectaron no sólo a su dignidad personal, sino también a su honorabilidad profesional, por cuanto en la denuncia de los hechos se ponía expresamente de manifiesto el arbitrario e injusto proceder de ésta, al obstaculizar deliberadamente la actuación y desarrollo de la empresa de la demandada, y al favorecer, del mismo modo arbitrario e injusto, al centro propiedad de su esposo, todo ello como reacción al despido de éste en el centro de estudios de que era titular la demandada. Hechos que dieron lugar a una investigación que, pese

a su carácter reservado, llegó a difundirse entre sus compañeros de trabajo, entre quienes quedó, cuando menos, la duda acerca de la honorabilidad profesional de la denunciada. Y sin que el reconocimiento de la falsedad de la imputación, reduzca en modo alguno el reproche, pues lejos de servir para eliminar la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor de la actora, coadyuva precisamente a su carácter ilícito. Son precisamente estos elementos, la inveracidad de los hechos denunciados y el descrédito del prestigio profesional de la demandante, los que conducen a la solución recogida en la sentencia recurrida. (STS de 21 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña S. interpuso demanda de protección del derecho al honor contra doña L., por intromisión ilegítima en su honor derivada de la presentación por la segunda de un escrito en la Administración para la que trabaja la actora en el que se vertían acusaciones contra S., haciéndola responsable de ciertos informes negativos que determinaron que L. no recibiese subvenciones para la realización de cursos de formación en el centro académico de su propiedad. Atribuyendo la actuación de S. a un deseo de venganza generado por el despido de su esposo como profesor del centro de la denunciante. Dándose la circunstancia de que, poco tiempo después de presentar dicho escrito, su autora se desdijo de todo lo afirmado. No obstante lo cual, su presentación determinó la apertura de un expediente de investigación para clarificar las posibles responsabilidades, que fue concluido al no probarse ninguna de las imputaciones. La apertura de dicho expediente trascendió en el entorno personal y profesional de la afectada, quien consideró lesionado su derecho al honor. La demanda fue estimada tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial de Granada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de la demandada. (L. A. G. D.)

5. Derecho al honor. Caducidad. *Dies a quo*.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Tratar de dilatar el día de inicio del plazo de caducidad hasta el final del período temporal para el que esté prevista la publicación es una interpretación de todo punto ilógica con el texto legal, pues la posibilidad de ejercicio de la acción, salvo prueba en contrario de imposibilidad o desconocimiento, con independencia de cuánto tiempo esté vigente la publicación, se produce desde el momento en el que la noticia sale a la luz y, por tanto, desde el momento en que puede perjudicar a la consideración pública de la persona legitimada activamente para su ejercicio (FD. 2.º). (STS de 17 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El 13 de abril de 1990 se publica un artículo en una revista con el siguiente titular «*Vuelve la normalidad al colegio público “S. M.” Educación aparta de sus funciones de inspección a*

José Augusto». El 20 de abril de 1994, don José Augusto presentó demanda por considerar que se había vulnerado su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda apreciando las excepciones de litispendencia y de caducidad de la acción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial no aprecia la excepción de litispendencia, pero desestima el recurso de apelación por apreciar la excepción de caducidad de la acción.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la sentencia anotada confirma la decisión de la Audiencia Provincial al apreciar la caducidad de la acción por tener en cuenta como *dies a quo* el día de la publicación, 13 de abril de 1990, habiéndose presentado la demanda con fecha de 20 de abril de 1994. El recurrente mantenía que, al tratarse de un semanario, la vigencia del mismo se produce desde la fecha de publicación (13 de abril de 1990) hasta el último día de la semana (19 de abril de 1990), debiendo considerarse este último día como el día de inicio del cómputo.

En este punto la doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto. Así, en la STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4090) se entendió que, respecto al tiempo inicial del cómputo, coincidían el momento en que lo supo el agraviado y el instante en que éste pudo ejercitar la acción; y que dicho día fue aquél en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas. En la S de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5244), relativa a la utilización de un título nobiliario como nombre comercial de un hotel, se dice que «*mientras no deje de utilizar dicho nombre la intromisión ilegítima sigue perpetrándose, por lo que no empezaría a contar el plazo de caducidad*». (M. C. L. J.)

6. Caracterización del derecho a la propia imagen.—Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya considerado que el artículo 8 del Convenio no permite construir un derecho autónomo a la imagen, el Tribunal Constitucional le ha otorgado un valor autónomo, distinto a los derechos a la intimidad y al honor, con los que se halla ligado en la formulación constitucional y en la LO 1/1982. El Tribunal Constitucional ha definido este derecho de la forma siguiente: «*el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 Constitución Española se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad—informativa, comercial, científica, cultural, etc.—perseguida por quien la capta o difunde*» (STS de 22 de febrero de 2006).

El derecho a la propia imagen tiene un aspecto negativo, como facultad de exclusión, y un aspecto positivo, como facultad de aprovechamiento; es, por tanto, una facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad.

Derecho a la propia imagen. Consentimiento.—El consentimiento ha de ser expreso, para la obtención y publicación de las fotografías, y la carga de su concurrencia corresponde a quien ha publicado las fotografías (STS de 18 de octubre de 2004). El consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social (SSTS de 24 de abril de 2000 y 7 de julio de 2004). (STS de 24 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—En una revista se publica un reportaje con fotografías en las que se encontraban juntas doña Celestina y doña Mariana, paseando y haciendo ejercicio dentro de una finca privada. Las fotografías se tomaron con un potente teleobjetivo, desconociéndose si desde dentro o desde fuera de la indicada propiedad privada. Igualmente, tales fotografías se obtuvieron sin conocimiento y sin el consentimiento de doña Celestina, y de igual modo se publicaron sin contar con el conocimiento y consentimiento de la misma.

Doña Celestina interpuso demanda en la que solicitaba que se declarase la intromisión ilegítima de la firma *H.F., S.A.* y doña Asunción, en su intimidad personal e imagen, condenando a estos últimos solidariamente a indemnizar a la misma, como resarcimiento del daño que le han producido, en la cantidad que discrecionalmente se acordase en trámite ejecución de sentencia, y a la entidad *H.F., S.A.*, a publicar el texto íntegro de la sentencia que se dictase en la revista.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando que las indicadas fotografías constituyen una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la demandante, condenando a los demandados a la reparación del daño causado en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, y la inexistencia de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. La Audiencia, desestimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—En la presente sentencia anotada el Tribunal Supremo considera que el hecho de que se haya estimado que el texto escrito del reportaje no constituía una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la actora, no tiene por qué impedir que las fotografías captadas y publicadas en el medio periodístico puedan constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante.

Asimismo, el Alto Tribunal estima que el que la demandante haya consentido en otras ocasiones la realización de entrevistas o reportajes en la finca privada, en modo alguno puede suponer que consienta de modo indefinido en el tiempo, e incondicionado en la forma y momento, para la obtención de imágenes de su vida privada en el interior de la misma. Máxime si, como acontece en el supuesto, las fotografías de la demandante en su finca privada son obtenidas de modo subrepticio, utilizando medios fotográficos capaces de captar imágenes a distancia. (*M. C. L. J.*)

7. Derecho a la propia imagen. Explotación económica. Cesión del derecho de explotación de imagen ajena. Ausencia de responsabilidad del cesionario cuando ha actuado con la debida diligencia.—La intromisión en el derecho a la imagen debe producir una lesión que sea contraria a la

dignidad de la persona, y ello no se ha producido en el presente supuesto, dadas las características que concurren. Debe concluirse que el codemandado no podía ceder el derecho a la imagen de la actora, aunque esta conclusión se base en un contrato verbal y por ello de imposible interpretación. A pesar de ello debe considerarse que la demandante no le había cedido su derecho ni le había apoderado para ello. Pero otra cosa distinta es la responsabilidad del codemandado cesionario de aquel derecho, que lo recibe de quien aparenta ser titular de los derechos económicos de la imagen reproducida y de los «derechos de modelo», porque falta aquí el elemento de negligencia que le obligaría a indemnizar. No se niega que se haya vulnerado el derecho a la imagen de la recurrente; lo que se considera es que el cesionario no lo ha hecho al concurrir la cesión expresa efectuada por quien aparecía como titular de la imagen reproducida, lo que creó una apariencia en la que confió la recurrente, de que quien le estaba cediendo los derechos era titular de los mismos. (STS de 22 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—M.I. cedió mediante acuerdo verbal a F. el uso de la imagen de la primera para la promoción de los peinados de este último. Al cabo de dos años y de la publicación de ciertas fotos de M.I. con los peinados de F., éste cedió a la compañía R., S.A. algunas de aquellas imágenes para la promoción de un producto de peluquería de esta entidad mercantil. M.I. demandó a F. y a R., S.A. alegando que se había utilizado su imagen sin su consentimiento, lo que le habría producido un daño patrimonial cuya indemnización económica solicitaba. F fue declarado en rebeldía y el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona acogió el recurso de apelación de la codemandada y la absolvió de la condena, manteniendo la misma para F. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (C. O. M.)

8. Requisitos para la prevalencia del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor.—Para que el ejercicio de la libertad de expresión no lesione el derecho al honor de una persona es preciso que se den los siguientes requisitos: 1) que la información publicada no contenga insultos, vejaciones o injurias, de modo que en este punto se convierte en un límite al derecho a la libertad de expresión e información (STC 20/1990, de 15 de febrero); 2) no ampara la información redactada en términos formalmente injuriosos e innecesarios para el mensaje que se desea divulgar, por lo que excluye la basada en simples rumores, y 3) exige que sea veraz y que ostente relevancia pública (SSTS de 30 de junio y 26 de julio de 2006). (STS de 16 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Tras la publicación de un artículo en una revista en la que se le atribuía a don Darío un romance con un empresario de la moda y se le calificaba como "aventurero del sexo", don Darío demandó a la revista, a su director y la redactora y autora del artículo en cuestión, por entender que se había atentado a su honor y solicitaba como indemnización 50.000.000 de pesetas. El Juzgado de

Primera Instancia estimó la demanda y, tras considerar que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor, condenó a los demandados a indemnizar la cantidad de 5.000.000 de pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto y absolvió a los demandados.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo reconoce una vez más que el derecho al honor no es absoluto y queda limitado por el derecho a la información, reconocido asimismo como derecho fundamental en el artículo 20 CE.

Es jurisprudencia reiterada en todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que la libertad de expresión no protege la mera curiosidad ajena (STC 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134]), sino que es necesaria la relevancia pública de la información. Así, el ejercicio de derecho reconocido en el artículo 20 CE no puede amparar la información sobre datos pertenecientes a la vida íntima de las personas, aunque estos hechos sean veraces.

Para el Tribunal Supremo es preciso el respeto a la dignidad de la persona. Por ello, el empleo innecesario de términos vejatorios o injuriosos no precisos para transmitirla constituye una lesión del derecho al honor, porque como ha afirmado la STC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105), el derecho a la información no autoriza el insulto (STC 158/2003, de 15 de septiembre de [RTC 2003, 158] y STSS de 3 de marzo de 2003 y de 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 830]). (M. C. L. J.)

9. Transexualidad. Requisitos para la rectificación registral del sexo.—

Siguiendo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la rectificación registral del sexo se acordará una vez que la persona solicitante pruebe que se le ha diagnosticado disforia de género y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. El artículo 4.2 de la mencionada ley señala que no es necesario que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Además de una plena acreditación de que el interesado se siente psicológicamente perteneciente al sexo distinto al que le corresponde biológicamente, lo importante es que se pruebe plenamente una seriedad en la petición de rectificación registral.

Transexualidad. Derechos de la personalidad.—«Al individuo que sufre la patología denominada “disforia de género”, hay que reconocerle la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias» (FD.1.º). (STS de 18 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don Bernardo, que se identifica como Elsa, formuló demanda solicitando la rectificación de género en la partida de nacimiento y posterior cambio de nombre.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre la base de que la parte demandante era morfológica y biológicamente varón, si bien dicho género no coincidía con su deseo, pudiendo en caso de someterse a intervención quirúrgica obtener la declaración constitutiva pretendida. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En el presente caso encontramos una pretensión de cambio de la mención de sexo y de nombre formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y en una ponderación de los intereses que se hallan en juego, considera que han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10, 15 y 18 CE) y, por tanto, reconoce la posibilidad a la demandante de obtener el cambio de sexo registral sin exigir el cambio de sexo morfológico y quirúrgico. (*M. C. L. J.*)

10. Registro Civil. Inscripción de cambio de sexo y rectificación del nombre.—Inscribir un nombre a favor de persona que figure registralmente con sexo opuesto al que resulta característico de tal nombre dificultaría la identificación e induciría a confusión. En estos casos para la rectificación del nombre en el Registro Civil es previamente necesaria la de la mención del sexo.

Según la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas para rectificar registralmente el nombre, no es precisa la intervención quirúrgica de reasignación de sexo. (**STS de 17 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—A doña M.^a Ángeles se le reconoció en sentencia la rectificación del sexo y del nombre. Posteriormente, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Registro Civil se le deniega el cambio de nombre por constar en el Registro como varón y pretender la inscripción de un nombre inequívocamente femenino como es el de María Angeles.

Ante estos hechos, doña M.^a Ángeles interpuso demanda solicitando se proceda a la inscripción de dicho nombre propio de mujer, y ello sin necesidad de cambiar el sexo que figura en el Registro Civil. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la decisión de primera instancia.

NOTA.—En el estado de cosas existente al tiempo de interposición de la demanda, y con la jurisprudencia existente del Tribunal Supremo, a su vez inspirada en la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cambio del sexo que figura en el Registro Civil sólo se admitía cuando el solicitante cumplía con el requisito de haber sido sometido a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, adaptando sus órganos genitales a los propios del sexo reclamado. Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley 3/2007 ha venido a cambiar el estado de la cuestión, puesto que la cirugía de reasignación sexual ya no se erige en requisito para la rectificación registral de la mención del sexo (art. 4.2). (*M. C. L. J.*)

11. Sucesión en los títulos nobiliarios. Igualdad. Discriminación por razón de sexo.—El artículo 1 de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (LITN) establece que *«el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos»*.

Disposición Transitoria Única LITN. Orden jurisdiccional civil.—La Disposición Transitoria Única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN *«se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...]»*. La Disposición Transitoria Única, apartado 3, de la LITN se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.

Disposición Transitoria Única LITN. Retroactividad.—La Disposición Transitoria Única LITN comporta la eficacia retroactiva de la Ley respecto de las sucesiones en títulos nobiliarios que se hallen pendientes de resolución mediante expediente o proceso ante la autoridad administrativa o judicial, siempre que no hubiera recaído sentencia firme.

La posesión de un título nobiliario (haciendo abstracción de consecuencias económico-patrimoniales o de otra índole que hayan podido derivarse de su ejercicio) no constituye un derecho que, por su naturaleza, pueda considerarse incorporado al patrimonio de la persona, en la situación propia de un derecho consolidado o agotado determinante de una relación jurídica consagrada apta para calificarlo como derecho comprendido en la prohibición de retroactividad de las disposiciones que puedan afectarle, establecida por el artículo 9.3 CE. (STS de 3 de abril de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Ricardo, poseía por rehabilitación el título de Conde con Grandeza de España. Al fallecer don Ricardo el 2 de marzo de 1983, don José Daniel (hijo de don Luis Francisco, hermano menor del fallecido) solicitó el título, que le fue otorgado por Real Carta de 26 de abril de 1984. Doña Isabel (hija de doña Victoria, hermana mayor del fallecido) interpuso demanda con el fin de que se declarara su mejor y preferente derecho para poseer, usar y ostentar el título de Conde. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y desestimó la demanda.

NOTA.—En la sentencia anotada, el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimaba la demanda fundándose en que el varón tiene preferencia en el sistema usual de cesión de los Títulos.

El Alto Tribunal confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que consideró que no se había probado la adquisición por prescripción por parte del demandado y que no se había probado que el título de Conde se hallara vinculado a un mayorazgo, por lo

que debían aplicarse las reglas sobre sucesión nobiliaria regular. Concluyó que debía considerarse derogado el principio de masculinidad al amparo del artículo 14 CE, de lo que resultaba que la actora doña Isabel era de mejor línea y por lo tanto el pariente más próximo del último poseedor legítimo de la merced.

En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la doctrina que sostiene que *«la posesión de una merced nobiliaria no comporta un derecho incorporado al patrimonio hereditario de su titular, sino sólo el reconocimiento de su condición de óptimo poseedor para ostentar la merced en el orden sucesorio, objeto de una única apertura por el fallecimiento de su primer concesionario y de sucesivas delaciones y aceptaciones, que se desenvuelven sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho, a la que aparece condicionado el reconocimiento del título en cada caso particular, de tal suerte que el otorgamiento no constituye una relación jurídica que pueda estimarse como consagrada o agotada en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapión, que esta Sala ha admitido, al hilo de la tradición dimanante de la Ley 41 de Toro (la cual forma parte de las normas que rigen tradicionalmente la sucesión de los títulos, rehabilitadas por la Ley de 4 de mayo de 1948, para hacer compatible el principio de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios con el principio de seguridad jurídica que hoy consagra la Constitución Española (SSTS de 27 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1215], 14 de junio de 1986 [RJ 1986, 3552], 7 de julio de 1986 [RJ 1986, 4414], 14 de julio de 1986 [RJ 1986, 4512], 5 de junio de 1987 [RJ 1987, 4044], 20 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1075], 7 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9324], 6 de marzo de 1991 [RJ 1991, 3072], 21 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1420], 11 de junio de 2001 [RJ 2001, 4334] y 29 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3054])»*. (M. C. L. J.)

12. Derecho de asociación. Faceta negativa del artículo 22 CE: derecho a no ser obligado a pertenecer o permanecer como miembro de una asociación.—La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de asociación, aplicable también a la pertenencia a sociedades civiles (SSTC 67/1985, de 24 de mayo; 23/1987, de 23 de febrero; y 183/1989, de 3 de noviembre), establece que el artículo 22 C.E. además de garantizar, en su aspecto positivo, el derecho a asociarse libremente, tiene también una vertiente negativa que reconoce el derecho del individuo a no ser obligado a formar parte o seguir perteneciendo a una asociación, por tratarse de un derecho fundamental de carácter irrenunciable. De manera que cualquier cláusula obligacional que lo desconozca es nula y carece de eficacia (art. 1.255 CC), pues tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo, sin perjuicio de las consecuencias que en el ámbito meramente contractual pueda tener la libre decisión personal de integrarse o no en una asociación y la de dejar de pertenecer a ella.

La pérdida de la condición de miembro de una asociación de propietarios no exime de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes.—El derecho a no pertenecer a la asociación de propietarios no exime del cumplimiento de las obligaciones contractuales de naturaleza primordial que, en su condición de titulares de un inmueble, hayan asumido

en beneficio de aquélla. Sin que la sujeción al cumplimiento de estas obligaciones implique de facto la imposición de la condición de socio o asociado, ya que tiene su causa y justificación en el levantamiento de los gastos comunes; cuestión que es independiente y por completo ajena al ejercicio del derecho fundamental de asociación. (**STS de 7 de mayo de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El actor demandó a la asociación de propietarios, constituida en forma de sociedad civil, para que se reconociese su derecho a no seguir formando parte de la misma, pese a ser propietario de una parcela en la urbanización sobre la que estaba constituida la demandada desde hacía años. El Juzgado estimó parcialmente la demanda pero por la Audiencia Provincial de Valencia, con estimación del recurso de apelación de los demandados, se desestimó íntegramente la demanda del actor. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (*I. D. L. S.*)

13. Asociaciones. Convocatoria de la Junta. Analogía.—De los artículos 6 párrafo 1.º, de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre y 10.1 del Decreto 1440/1965, 10 de mayo, se desprende que las asociaciones se rigen por sus propios Estatutos y por las reglas dictadas por sus propios órganos, dentro de su competencia. En lo no previsto, hay que acudir a la Ley de regulación y al Reglamento. Nada más se dice respecto de una eventual laguna no ya de la regulación estatutaria o de la reglamentación interior, sino de las normas de integración (Ley y Reglamento).

En defecto de una previsión para el caso de que la Junta Directiva no exista o sencillamente no convoque, el socio o asociado ha de acudir a las reglas dictadas para supuestos que guarden con el planteado semejanza, apreciándose entre ambos «identidad de razón» que se puede encontrar en la previsión de órganos colectivos competentes para tomar decisiones que requieren una solución para los casos en que no proceden a desarrollar sus cometidos. Argumento que se refuerza cuando se observa que, además de en las sociedades anónimas, una previsión semejante se encuentra en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 45.2.II Ley 2/1995, de 23 de marzo), en materia de sociedades de garantía recíproca (art. 39 Ley 1/1994, de 11 de marzo) y en las sociedades cooperativas (art. 23.2 Ley 27/1999, de 16 de julio), expresando la proyección de un principio general en virtud del cual ante la inoperancia de los órganos encargados de realizar la convocatoria de las Juntas o Asambleas, el socio ha de acudir al auxilio judicial, y no a un remedio que consista en la autoconvocatoria. La aplicación analógica exige similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (SSTS 20 de febrero de 1998 y 21 de noviembre de 2000. (**STS de 12 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Don Plácido, socio y Presidente de una asociación fue citado por telegrama, dirigido por don Adolfo (uno de los asociados), a Junta General Extraordinaria a celebrar en el domicilio de un abogado. Nueve de los once asociados con voto se reunieron y expresaron una voluntad ampliamente mayoritaria de disolver.

Don Plácido interpuso demanda contra la asociación y contra don Adolfo solicitando que se declarase la nulidad de la asamblea celebrada y de la de todos los acuerdos adoptados en ella. Estima que la Junta es nula, por no haber sido convocada por la Junta Directiva y no haberse citado en plazo estatutario de 10 días, y además por haberse acordado la liquidación sin nombramiento e inscripción de Junta liquidadora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que la asociación ha expresado una voluntad colectiva clara y directa. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca y valora más el elemento formal: no ha habido una verdadera Junta, puesto que no se ha convocado regularmente, ni cabe atribuir a cada socio la facultad de llevar a efecto la convocatoria y, por tanto, declaró la nulidad de la asamblea.

NOTA.—En el caso, la cuestión se ciñe a determinar qué regla se ha de aplicar para convocar la Asamblea en el supuesto de una Asociación que no ha nombrado su Junta Directiva, por lo que carece del órgano competente para efectuar las pertinentes convocatorias de las Asambleas o Juntas Generales competentes, entre otras materias, para decidir sobre la disolución de la asociación, cuando es claro que se da una de las causas prevenidas por la Ley.

Para el Alto Tribunal es cierto que la Audiencia Provincial se ha referido a la aplicación del artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas como Derecho supletorio, lo que no es exacto, pero la solución a la que llega se ha de sostener, aunque por otra vía, que es la aplicación por analogía. (*M. C. L. J.*)

14. Responsabilidad civil. Doctrina del levantamiento del velo. Procedencia cuando se acredita la inexistencia de vida propia de la sociedad.—Ha resultado acreditado que la cooperativa en cuestión era ficticia, creada en fraude de acreedores, sin que tuviera un capital social o patrimonio y domicilio propios, ni contara con una gestión independiente. Sin que sea suficiente prueba de la exención de responsabilidad de los socios fundadores el que estos hubieran transmitido sus participaciones, pues no acreditaron que su salida de la sociedad fuera real y efectiva; de modo que no tuvieran ninguna participación en la realización de las obras por las que se demanda, pues tales socios se han limitado a escudarse en la formalidad aparente de las escrituras otorgadas para la venta de sus participaciones. (**STS de 28 de mayo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad actora demandó a los socios de la cooperativa *T. S.C.L.*, en reclamación de diversas cantidades por obras que la demandante ejecutó en beneficio de aquélla y que resultaron impagadas. La reclamación se dirigió a los socios que constituyeron dicha cooperativa al considerar que debía aplicarse la doctrina del levantamiento del velo, pues entendían que tal sociedad tenía una existencia ficticia, pues no era más que un modo de ocultar la responsabilidad adquirida por sus miembros, de manera que estos debían responder de las deudas contraídas. Tanto el Juzgado de Pri-

mera Instancia como la Audiencia Provincial de Ciudad Real dieron lugar a la demanda y condenaron solidariamente a los socios demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los mismos. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Compraventa. Causa.—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que anima a cada contratante en su proceder, y en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concreto, operando a manera de causa impusiva. (**STS de 12 de junio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—A consecuencia de las deudas —contraídas con la Seguridad Social y con la Hacienda Pública por la empresa *C.L., S.L.* (de la que don Jesús Miguel era gerente)— don Jesús Miguel y su esposa Elisa simularon la venta de una vivienda y un garaje a don Imanol, hermano de la esposa. El comprador no llegó a desembolsar el precio estipulado (4.600.000 pesetas), —el cual, además de ficticio, era notoriamente inferior al valor de mercado—; no existió entrega real de la cosa vendida, —puesto que los vendedores siguieron viviendo en la casa y usando el garaje, sufragando todos los gastos derivados de los diferentes impuestos y suministros. Posteriormente, don Imanol hipoteca ambos bienes. Don Imanol se niega a elevar a público el contrato privado de compraventa entre las mismas partes, por el que el demandado retransmitía la vivienda y el garaje al actor y su esposa a cambio de un precio de 5.000.000 de pesetas.

Don Jesús Miguel interpuso demanda contra don Imanol solicitando la nulidad, tanto del contrato de compraventa, como de las hipotecas constituidas después por el comprador sobre los inmuebles adquiridos en garantía de deuda ajena, y la cancelación de las inscripciones y asientos respectivos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia y absolvió al don Imanol de las pretensiones de la demanda.

NOTA.—Al Tribunal Supremo en esta sentencia no le parece razonable las consecuencias obtenidas por la Audiencia Provincial sobre la concurrencia de causa torpe o ilícita. Para el Alto Tribunal de los hechos se aprecia que no existe transmisión alguna, no existe un subyacente al que se aparenta en el contrato de compraventa; considera que ni el demandante que figura como vendedor, vende, ni el demandado que figura como comprador, compra. Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que en el presente caso no hay causa torpe o ilícita, sino que hay inexistencia de causa.

Sigue así el Tribunal Supremo la línea jurisprudencial de las sentencias que consideran que la causa no puede confundirse con el

fin individual de los contratantes (entre otras, *vid.* SSTs de 27 de diciembre de 1966 (RJ 1966, 5856), 1 de abril de 1982 (RJ 1982, 1930), 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6620) y 17 de febrero de 1989 [RJ 1989, 972]). (*M. C. L. J.*)

16. Venta en garantía.—La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal del bien con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario —si son terceros de buena fe— protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. El fiduciario no se hace dueño real —propietario— del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión. La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación. El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía», es un negocio jurídico en que, de modo indirecto, normalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, como es la de asegurar el cumplimiento de una obligación. No puede pretenderse otro fin ilícito, como es el de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley. (**STS de 30 de mayo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El matrimonio demandante (más tarde recurrido) recibe una cantidad de dinero (2.900.000 de las antiguas pesetas) del matrimonio demandado para liberar la finca de su propiedad del procedimiento de ejecución hipotecaria al que estaba sujeta. Pero en vez de instrumentar esa entrega bajo la figura contractual del préstamo simple o mutuo, las partes otorgan en su lugar escritura de compraventa (de fecha de 13 de enero de 1994), elevando a público el contrato, celebrado el día anterior, sobre dicha finca. El Juzgado de Primera Instancia afirma que los prestamistas demandados son propietarios de la vivienda. Pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia entendiendo que el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la finca a favor de los demandados tiene como finalidad, exclusivamente, garantizar la devolución del préstamo, condenado a aquellos a que otorguen escritura pública de compraventa a favor del matrimonio demandante. (*Alma R. G.*)

17. Obligaciones solidarias.—El artículo 1137 CC determina que la solidaridad debe establecerse por las partes del contrato de forma expresa. No obstante, esta redacción ha sido suavizada por la jurisprudencia, en el sentido de entender que la clara intención exigida en el artículo 1137 CC puede derivar no sólo de la utilización de un término en este sentido, sino también de que se deduzca de la concurrencia de los antecedentes del negocio o del conjunto de circunstancias, por tanto, que de una forma tácita, se pueda llegar a interpretar que la voluntad de los interesados fue la de establecer la responsabilidad solidaria de los deudores.

Límites objetivos de la cosa juzgada.—La identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción. (STS de 18 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—S., S.A. celebró con las entidades M.R., S.L. y B., S.A. sendos contratos de arrendamiento de un hotel en la localidad de Lloret de Mar. Dicho hotel estaba compuesto de dos fincas, de explotación conjunta, una de ellas propiedad de M.R. y la otra, de B. Estos contratos se resolvieron por cumplimiento del plazo pactado. El 30 de agosto de 1995 se cerró el hotel por retirada temporal de la licencia, debido a las deficiencias que presentaba. En el mes de enero de 1996, una empresa de turismo holandesa que había pactado el alojamiento de sus clientes en dicho hotel, pagó a S. la cantidad de 10 millones de pesetas como adelanto del pago total; al no poder cumplir S. su obligación, debió indemnizar a dicha compañía con el pago de 20 millones de pesetas, según una cláusula penal que figuraba en el contrato. La arrendataria S. había demandado a las arrendadoras en un anterior juicio, pretendiendo que realizaran las obras que impedían la apertura del hotel. La sentencia de la Audiencia Provincial, confirmó el fallo de la apelada en el sentido de considerar que, al haberse resuelto ya el contrato de arrendamiento por el transcurso del plazo pactado, en nada aprovecharía la realización de dichas obras y ello sin perjuicio de las posibles acciones que S. pudiera interponer contra las arrendadoras por los posibles daños y perjuicios que la falta de realización de las obras le pudiera haber ocasionado. S. ejerció contra M.R. y B. la acción en reclamación de los daños y perjuicios que se le irrogaron al no realizarse las obras de reparación necesarias después de la clausura del hotel por parte del Ayuntamiento.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Rechazó la excepción de cosa juzgada y consideró que las reparaciones que debían realizarse eran necesarias y que existiendo la obligación, no se llevaron a cabo, por lo que se incumplieron las obligaciones establecidas en los artículos 1554 CC y 107 LAU. En relación a los daños, entendió que los ocasionados por el pago de lo establecido en la cláusula penal en el contrato con la empresa turística holandesa correspondía exclusivamente a la arrendataria, pero, en cambio, señaló que debía indemnizarse por el lucro cesante, distribuyendo la cantidad a pagar para cada arrendadora según el número de habitaciones de cada edificio; por tanto,

no aceptó la condena solidaria. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la doctrina que manifiesta que «no es preciso para entender que existió una solidaridad que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que se ha querido por los interesados aquel resultado económico [...]» (en este sentido, SSTS de 6 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2246], de 24 de febrero de 2005 [RJ 2005, 4033] y 24 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6204]).

Para el Alto Tribunal no se puede deducir en este caso de ninguna manera la concurrencia de una voluntad tácita que implique solidaridad, puesto que aunque la explotación hotelera era única, ello afectaba sólo a la explotación económica del hotel, no al contrato de arrendamiento, con dos propietarios que ostentaban la propiedad de partes absolutamente diferenciadas del complejo. Además, las circunstancias concurrentes relativas a la celebración primero de un único contrato y después de que se realizara uno para cada uno de los arrendadores lleva a la misma conclusión. (M. C. L. J.)

18. Resolución por incumplimiento. No es necesaria una reiterada voluntad rebelde: basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento.—La jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales o una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (STS de 17 de julio de 2007). La doctrina jurisprudencial ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar (SSTS de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991), que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical (STS de 9 de marzo de 2005). (STS de 14 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don F. y doña M., como vendedores, realizaron un contrato de compraventa sobre dos locales y un parking, en el que se subrogó la entidad R., S.L. como compradora, mediante designación hecha por el primitivo comprador. Una vez vencidas e impagadas tres mensualidades, se realizó por los vendedores requerimiento resolutorio, continuando la compradora con la posesión de las fincas hasta alcanzar nueve cuotas impagadas, momento en que procedió a consignarlas.

Don F. y doña M. formularon demanda contra R., S.L. solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del pago del precio por la entidad compradora, con pérdida de las cantidades entregadas hasta la fecha a favor de los actores en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados hasta la resolución, y que se condene a la demandada al inmediato desalojo de dichas tres fincas con reintegro a los actores de la posesión de las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando resuelto el contrato de compraventa sobre las tres fincas y condenando a R., S.L. a devolver a los demandantes la posesión de los citados inmuebles, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verificase, y a indemnizar a los demandantes por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento y ocupación de los inmuebles, indemnización que se fija en el importe de las cantidades ya cobradas como parte del precio.

Interpuesto recurso de apelación por R., S.L., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, R., S.L. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

19. Lucro cesante. Fundamento.—A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. El fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el artículo 1106 CC, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener (SSTS de 14 de julio de 2003 y 30 de octubre de 2007).

Lucro cesante. Cuantificación.—Las ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico (STS de 8 de julio de 1996).

Lucro cesante. Distinción venta mercantil y no mercantil.—En el ámbito del tráfico mercantil, en el que una empresa se dedica a la adquisición y reventa de maquinaria industrial, siendo dicha actividad su objeto social, la pérdida de una venta perfeccionada supone, en sí misma, una pérdida de beneficio y una disminución de su negocio. Distinto razonamiento merece el hipotético caso de frustración de una venta no mercantil. En este caso, ante la falta de venta de cualquier bien, de forma puntual y sin que la actividad de venta forme parte de la actividad económica del vendedor, no podríamos hablar de lucro cesante si se acredita la venta posterior en los mismos términos que la pactada con el incumplidor (FD 2.º). (STS de 5 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—G.M.I.S.I., S.A., empresa dedicada a la comercialización de maquinaria para obras, construcción y servicios de limpieza municipal, recibió una solicitud de pedido de B., S.L. para la adquisición de una máquina barredora de calles, cuyo precio era de

17.000.000 de pesetas. Ello motivó que la *G.M.I.S.I., S.A.* efectuase el correspondiente encargo a la fabricante de la máquina, la mercantil *A.M.A.* Posteriormente, *G.M.I.S.I.* tuvo conocimiento de que *B.* había adquirido la máquina barredora a otra empresa.

Ante estos hechos, *G.M.I.S.I.* interpuso demanda contra *B.* por incumplimiento de contrato y solicitud de indemnización por el lucro cesante dejado de obtener por frustración del referido negocio jurídico. Solicitaba, en primer lugar, que se declarase resuelto el contrato de compraventa y, en segundo lugar, que se le indemnizase en la cantidad de 3.097.951 pesetas (resultado de restar al precio de venta el coste de adquisición) en concepto de lucro cesante por las expectativas de negocio que, en virtud del incumplimiento de la contraparte, se habían visto fracasadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la sentencia parcialmente y absolvió a *B.* respecto al pago de la indemnización.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes (entre otras, SSTS de 17 de noviembre de 1954 [RJ 1954, 2870], de 6 de mayo de 1960 [RJ 1960, 1716], de 30 de diciembre de 1977 [RJ 1977, 4897] y las mencionadas en la de 30 de octubre de 2007 [RJ 2007, 8264]).

En relación con la indemnización solicitada por lucro cesante, la Audiencia Provincial entendió que no resultó acreditado, al haberse probado que la demandante vendió la máquina barredora a otro comprador y sin que se haya acreditado que se vendiese por precio inferior al convenido por *B., S.L.*, concluyendo que *«de donde se sigue que falta el elemento básico para estimar el daño y perjuicio reclamado pues para su estimación debía quedar probado por el actor que el precio obtenido por el nuevo comprador ha sido inferior al pactado con B., lo que al no probar conlleva la desestimación de la demanda»*. Para el Tribunal Supremo el razonamiento anterior es erróneo e infringe el artículo 1106 CC, puesto que confunde la pérdida de beneficio con el daño emergente. (*M. C. L. J.*)

20. Concepto de daño moral.—Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código civil, tiene encaje en la amplia expresión «reparar el daño causado» del artículo 1902. La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad está hoy superada tanto por la doctrina de los autores como por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Así, en la actualidad, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al ámbito extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de la persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que junto a la obligación de resarcir los daños patrimonia-

les, la doctrina jurisprudencial ha dado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a la reparación del daño moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, de modo principal, a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento causado. (STS de 5 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El recurso de casación objeto de examen se dirige contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que tras declarar la vigencia del contrato de arrendamiento de industria, que tiene por objeto la expendiduría de tabacos de la que es titular la arrendadora demandada, condena a ésta última a estar y pasar por dicha declaración, absolviéndola, por el contrario, de las pretensiones indemnizatorias tanto del daño moral como del lucro cesante solicitadas en la demanda, no obstante haber apreciado el incumplimiento del contrato por parte de la demandada, al no haberse acreditado el perjuicio. Dicho incumplimiento de la arrendadora demandada consiste en que, al retirar la autorización que había concedido a la arrendataria para aprovisionarse de las labores de tabaco y timbre de *Tabacalera, SA*, vulnera una de las obligaciones esenciales del contrato. Pero no puede ligarse a dicho incumplimiento consecuencia indemnizatoria alguna, ya que la arrendataria continua explotando el negocio de estanco, no sólo vendiendo artículos para fumador, sino también tabaco y timbre adquirido a otros estancos, sin que se haya acreditado por la actora que esa distinta fuente de suministro le hubiese producido un lucro cesante que debiera resarcirse. (*Alma R. G.*)

21. Tercería de mejor derecho. Leasing de bienes muebles.—La preferencia del crédito es la del contrato de *leasing*, intervenido por fedatario público mercantil que equivale a la escritura pública que menciona el artículo 1924, 3.º, CC: éste es el negocio jurídico, base del crédito, cuya fecha no cede ante un aplazamiento del pago, ni ante la dilación de un proceso que termina por sentencia. En toda tercería de mejor derecho, se fija la fecha para determinar la preferencia de los créditos por aquel negocio jurídico plasmado en escritura pública o equivalente que da lugar al crédito, sin que le afecten instrumentos de crédito, como letras de cambio o pagarés, ni tampoco un proceso que termina por sentencia (STS de 11 de octubre 2006). (STS de 18 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 9 de septiembre de 1988 se celebra entre la sociedad *P., S.A.* (posteriormente *F.E., S.A.*) y don Juan Enrique un contrato de arrendamiento con opción de compra (o arrendamiento financiero o *leasing*). El 28 de septiembre de 1989 se celebra un contrato de préstamo entre un Banco y don Juan Enrique y doña Marisol (su esposa). Uno y otro contrato fueron intervenidos por Agente de Cambio y Bolsa y Corredor de Comercio, respectivamente.

F.E., S.A. interpuso demanda contra el Banco, don Juan Enrique y doña Marisol para que se reconociese su mejor derecho. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo sigue la doctrina jurisprudencial que sostiene que la preferencia se determina por la fecha del contrato, con independencia de las opciones que tenga la parte acreedora cuando se produce el incumplimiento del contrato y de la determinación del saldo deudor, entre otras, *vid.* SSTs de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2424); 25 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2297); 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4060); 3 de mayo de 2002 (RJ 2002, 3672); 4 de julio de 2002 (RJ 2002, 8221); 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9003). (*M. C. L. J.*)

22. Anotación preventiva. Leasing inmobiliario.—Quien negligente o a propósito omite solicitar la prórroga de una anotación preventiva que le favorece, determinando con ello su caducidad, no puede imponer al tercero que adquiere confiado en el Registro de la Propiedad un deber especial de averiguación de todo lo sucedido en el juicio ejecutivo causante de la anotación caducada. (**STS de 2 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 26 de junio de 1989 *Ch., S.A.* concierta (arrendataria) un contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble con F. (arrendador). El 29 de abril de 1992, *Co., S.A.* adquirió en subasta judicial, los derechos de arrendamiento financiero embargados a Ch. (circunstancia que no accedió al Registro de la Propiedad). El 30 de enero de 1990 F. había hipotecado la finca objeto del arrendamiento financiero, y otra más, a favor de una Caja de Ahorros; al no atender F. sus obligaciones del préstamo frente a la Caja de Ahorros, ésta promovió juicio de ejecución; subastada la finca en dicho juicio hipotecario, *I., S.L.* se adjudicó exclusivamente la propiedad del inmueble. F. compensó con Co. el valor actualizado de su derecho de crédito, pero declarada aquélla en quiebra, incumple su obligación de entrega de los pagarés pertinentes.

Co. SA, interpuso demanda contra las compañías *I., Ch.,* y *F.L.* solicitando que se reconociera su condición de arrendataria financiera; se declarase su derecho a ejercitar la opción de compra de la finca, reconocida en dicho contrato a la arrendataria; se declarase la obligación de F. de entregar a la actora los pagarés derivados del arrendamiento financiero; se declarase igualmente el precio que Co. debía pagar por el ejercicio de la opción de compra y finalmente, se ordenase cancelar cuantas anotaciones contradijeran o afectaran a lo solicitado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto contra dicha sentencia recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó.

NOTA.—La sentencia anotada se centra en la omisión de la actora al no solicitar la prórroga de la anotación preventiva del embargo de los derechos como arrendataria financiera. El artículo 86 LH atribuye la facultad de instar la prórroga de las anotaciones preventivas a «los interesados», condición que indudablemente tenía la actora en el juicio ejecutivo como adjudicataria de los derechos embargados y subastados, y sin embargo prescindió por completo de ejercitar tal facultad por las razones que fuesen.

El Tribunal Supremo al igual que la sentencia dictada en primera instancia considera que la anotación preventiva del embargo caducó antes de que un tercero inscribiera su adquisición, y el artículo 97 LH dispone que «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera». (M. C. L. J.)

23. Compraventa mercantil y compraventa civil. Distinción.—La nota que caracteriza la compraventa mercantil frente a la civil es el elemento intencional, que se desdobra en un doble propósito por parte del comprador: el de revender los géneros comprados, bien sea en la misma forma que los compró o adecuadamente transformados, y el ánimo de lucro, consistente en obtener un beneficio en la reventa. La compraventa mercantil se hace no para que el comprador satisfaga sus propias necesidades, sino para lucrarse con tal actividad, constituyéndose el comprador en una especie de mediador entre el productor de los bienes comprados y el consumidor de los mismos, una vez transformados o manipulados. (STS de 9 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Ante el incumplimiento de la obligación de pago del precio de mobiliario adquirido durante los años 1988 a 1991 para quedar instalados en un complejo hotelero, don Luis Carlos (vendedor) demandó el 21 de abril de 1999 a *Apartamentos Turísticos S.C., SA*, don Arturo y don Gaspar.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que en el momento de ejercicio por el demandante de la acción de reclamación ante los tribunales ésta había prescrito. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincia desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En el caso, el Alto Tribunal consideró, al igual que las sentencias de instancia, que el empleo de los muebles adquiridos para quedar instalados en un complejo hotelero excluye la nota de especulación propia de la compraventa mercantil, que requiere la adquisición con ánimo de reventa y de obtención de lucro en la misma; por lo cual el contrato fue correctamente calificado como de compraventa civil con la consecuencia de resultarle aplicable el referido plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 1967.4.ª CC. Así, la sentencia anotada sigue la jurisprudencia que distingue entre la compraventa civil y mercantil, *vid.*, entre otras, SSTS de 20 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5617), 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7869) y 25 de junio de 1999 (RJ 1999, 5963) (M. C. L. J.)

24. Precontrato. Diferencias con la compraventa y con la promesa de vender o comprar. Necesidad de interpretar el acuerdo al que han llegado las partes.—Mediante el precontrato las partes no quieren o no pueden, por el momento, celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (STS de 4 de julio de 1991). Fijan sus elementos pero aplazan su perfección (STS de 3 de junio de 1994), y adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo en virtud de la relación jurídica obligacional nacida del precontrato, por lo que pueden recla-

mar su cumplimiento de la otra parte (SSTS de 23 de diciembre de 1995 y de 11 de mayo de 1999). Se diferencia del *pactum de contrahendo* en que no se requiere actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, sino que basta la aceptación para la perfección del contrato (SSTS de 17 de marzo de 1993, de 11 de abril de 2000 y de 30 de enero de 2008). En el precontrato unilateral sólo una parte viene obligada a poner en vigor el contrato y la otra tiene derecho a exigirselo, como ocurre en el contrato de opción de compra. En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor del contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa; pero ésta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada (SSTS de 18 de junio de 1993, 14 de noviembre de 2000 y 22 de diciembre de 2005). La distinción entre unas y otras figuras debe deducirse de la voluntad de los contratantes en virtud de las reglas de interpretación de los contratos. En tal línea, los elementos que subraya la sentencia recurrida apuntan, en sentido favorable a la calificación del negocio como precontrato pendiente de aceptación, pues se fija un plazo para la aceptación de la propuesta por el vendedor que parece identificarse en las condiciones generales con la celebración de la compraventa y, por otra parte, se declara que la propuesta es vinculante únicamente para el comprador. (STS de 17 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don J.F. demandó a J.C. y L., como propietarios del piso objeto del acuerdo, y al matrimonio C. y A., como adquirentes del mimos, al entender que al vender los primeros a los segundos la finca urbana, habrían incumplido el contrato de compraventa que se habría celebrado con el actor. En mérito a lo cual solicitó se les condenase a la elevación a escritura pública de dicho contrato o, en caso de no ser posible, a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el demandante. La parte contraria alegó que se trataba de un mero precontrato en su modalidad de opción de compra; y que el actor había dejado transcurrir el plazo para pedir la celebración del auténtico contrato, pese a que había sido reclamado para ello en un par de ocasiones. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Navarra desestimaron la demanda y absolvieron a los demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (L. A. G. D.)

25. Cláusula de desistimiento. Cláusulas abusivas.—La Disposición Adicional Primera, I, 2.^a de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación señala como abusiva la cláusula por la que se «*reserva a favor del profesional las facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivo válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo*».

Por otra parte, la III, 17 añade: «La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato». (STS de 3 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En contrato celebrado el 1 de agosto de 1987 entre compradora e inmobiliaria consta, a modo de recibo, la entrega de 500.000 de pesetas «en concepto de reserva y como señal o arras por la compra» de determinada e identificada vivienda, cuyo contrato de compraventa «se formalizará...» antes de que transcurra «el día 31 de diciembre de 1997» y añade, la siguiente cláusula: «Caso de que el titular de la reserva-comprador desistiera de la compra o no se presentase a formalizar y firmar el correspondiente contrato o escritura pública de compraventa dentro del plazo indicado, perderá todo derecho a la reserva, que quedará nula y sin valor ni efecto, y la cantidad entregada en este acto quedará en poder y propiedad de la parte vendedora, conforme a lo dispuesto en el artículo 1454 del CC y en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados y por la limitación de la facultad de disposición que esta reserva comporta. Si fuera P., S.L. quien desistiera de la operación, deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras». Este contrato se fue prorrogando hasta cuatro veces, llegando al de 30 de octubre de 1998 que fijaba el día de formalizar en escritura pública el contrato el 30 de enero de 1999; lo cual no se hizo porque la parte vendedora P., SA no se presentó el día que se había fijado, ni los días sucesivos.

Tras estos hechos, la compradora, doña Daniela requirió notarialmente a la inmobiliaria vendedora P., SL para formalizar notarialmente el contrato de compraventa y, en la misma fecha 5 febrero 1999, dicha inmobiliaria vendedora requirió notarialmente a la compradora comunicándole su desistimiento del contrato basándose en la cláusula contractual transcrita.

Posteriormente, la compradora interpuso demanda contra P., S.L., en la que solicitaba 1) Que se condenase a la inmobiliaria vendedora a la formalización del contrato de compraventa; 2) A que se condene a la inmobiliaria a indemnizar por la negativa a la formalización del contrato de compraventa; 3) Subsidiariamente si el Juzgado entendiera que existe derecho de desistimiento a favor de la demandada, conforme a lo previsto en el artículo 1454 CC, se condene a P., S.L. a entregar el duplo de la cantidad entregada en concepto de señal, con indemnización de los daños y perjuicios irrogados.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la facultad de desistimiento de la inmobiliaria y, en consecuencia, la condenó a formalizar el documento de compraventa. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la anterior e integró el contrato en el sentido de condenar a la inmobiliaria a entregar a la compradora el duplo de la cantidad que ésta había pagado, manteniendo la facultad de desistimiento.

NOTA.—En este caso el Alto Tribunal confirma la sentencia dictada en primera instancia y declara la nulidad de la cláusula de desistimiento, es decir, la nulidad total de la cláusula en el sentido de quedar eliminada tanto la facultad de desistimiento de la sociedad vendedora, como la de la compradora, quedando así integrado el contrato de compraventa, que deberá ser formalizado adecuadamente. Considera el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida llega a una solución injusta, puesto que tras años de dilatar el cumplimiento, pierde una cantidad, pero desiste impunemente del contrato basándose en una cláusula claramente abusiva. (*M. C. L. J.*)

26. Compraventa de inmueble como cuerpo cierto.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 26 de junio de 1956, mencionada en STS de 29 de mayo de 2000), existe compraventa a cuerpo cierto no sólo cuando en el contrato no se precisa el precio singular por unidad de medida o cuando no se especifican las dimensiones globales del inmueble, sino también cuando, a pesar de que se especifica la dimensión total del inmueble, no se indica un precio singular por unidad de medida. Así, cuando el inmueble se vende a tanto alzado, por un precio único que no se calcula en razón de la concreta superficie de la finca, aunque se indique en el contrato la dimensión total de la finca, se presume *iuris et de iure* que la individualización de la finca no ha tenido valor esencial para las partes y que, por tanto, no significa que las partes hayan convenido el precio global sólo en cuanto el inmueble tuviese efectivamente las dimensiones descritas en el contrato.

Revisión del precio por falta de cabida.—Afirma el Tribunal Supremo que, ante la pretensión de revisión del precio por la existencia de diferencias entre la extensión efectiva de la finca, la regulación aplicable es la específica contenida en los artículos 1469 a 1472 CC, que contemplan un plazo de prescripción de seis meses (frente al general de quince años) que comienza a contar desde el momento de la entrega del inmueble y que había transcurrido en el momento de interposición de la demanda, con lo que procede admitir la excepción de prescripción alegada por la parte vendedora.

Venta de cuerpo cierto. Falta de cabida.—El Tribunal Supremo no sólo declara que ha prescrito la acción, sino que añade que, aunque esta se hubiera ejercitado en plazo, sería improcedente la pretensión de los compradores porque, según afirma el alto Tribunal, en las ventas de cuerpo cierto, las posibles diferencias de metros en las cabidas no amparan una pretensión de rebaja del precio pactado, que tiene carácter de precio alzado. En el caso concreto, además, se añade la circunstancia de que la diferencia entre la extensión registral de la finca y la pactada radica en una discrepancia que trae causa de una segregación anterior de la que se informó a los compradores en el momento de celebrar la compraventa.

La regla *iura novit curia* y el principio *da mihi factum dabo tibi ius*. La regla *iura novit curia* autoriza al juez para calificar de manera distinta a como lo han hecho las partes, siempre que exista una estricta acomodación a las pretensiones entabladas y a los hechos que las fundamentan, y siempre que la parte contraria tenga la posibilidad de hacer alegaciones y de practicar prueba. Conforme al principio general *da mihi factum dabo tibi ius*, la correcta calificación de la acción verdaderamente ejercitada en un proceso (sobre la

base inalterable de los hechos alegados) es una *quaestio iuris* que es de exclusiva competencia del órgano jurisdiccional. (STS de 5 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Las partes celebran un contrato de compraventa de una finca, que se describe en el contrato con una extensión de 50 hectáreas, pero que resultó tener 41 hectáreas. El precio se fija a tanto alzado, sin que se contemple un precio singular por unidad de medida. Los compradores demandan al vendedor por incumplimiento contractual y exigen el resarcimiento de daños y perjuicios. Frente a ello, el vendedor alega la prescripción de la acción en virtud del artículo 1472 CC. Los compradores presentan un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia de primera instancia que desestima la demanda y estima la excepción de prescripción, según el plazo de prescripción previsto en el artículo 1472. Sostienen que la acción ejercitada por ellos es de cumplimiento y simultáneo resarcimiento de daños y perjuicios, que se ampara en los artículos 1101 y 1124 CC, en relación con el artículo 1964. El Tribunal Supremo reitera la solución de la prescripción de la acción, pero añade que, aunque la acción se hubiera ejercitado en plazo, procedería rechazar la solicitud de la rebaja del precio (*L. P. S. M. P.*)

27. Venta de cosa ajena: validez del contrato. Ineficacia de la transmisión. Posible protección del tercero como adquirente *a non domino*.— Es doctrina del Tribunal Supremo que la venta de cosa ajena es un contrato válido. No puede calificarse de inexistente por falta de objeto ya que el objeto existe. Sin embargo, sí puede afirmarse que el vendedor no propietario carece del poder de disposición sobre la cosa, lo que hace ineficaz la transmisión de la propiedad. Con todo, el tercero hipotecario, titular inscrito, puede quedar protegido como adquirente *a non domino* en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 LH —*en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral*—, con la consiguiente pérdida de la propiedad del titular extrarregistral. (STS de 5 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En procedimiento administrativo de apremio, se vendió un inmueble que realmente no pertenecía al titular registral embargado, pues éste lo había vendido previamente mediante escritura pública, que no llegó a inscribirse. El adjudicatario inscribió su título en el Registro de la Propiedad. Los primeros compradores del inmueble embargado solicitaron la declaración de nulidad o de inexistencia de la segunda venta y la cancelación de la inscripción causada a favor del adjudicatario. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior y estimó la demanda. En casación, hubo lugar. (*C. J. D.*)

28. Nulidad contratos. Falta elementos esenciales.—La nulidad radical a que conduciría la falta en el contrato de alguno de los elementos del

mismo según lo dispuesto en el artículo 1261 CC es un vicio que afectaría al contrato en su conjunto, sin que resulte admisible la pretensión de declaración de nulidad parcial.

Venta de cosa ajena y artículo 1124 CC.—La venta de una cosa que no pertenece a quien actúa como vendedor le obligará a adquirirla para cumplir con el requisito de la *traditio*, o ante una imposibilidad de cumplir el contrato por causa que le es imputable, a indemnizar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1101 y 1106 CC). Todo ello, naturalmente, si el comprador no se conforma, y exige válida y lícitamente la anulación del negocio por error (ha creído de buena fe que la cosa era del vendedor) o por dolo (el vendedor le ha hecho creer que es suya). También podrá pedir la resolución por incumplimiento del vendedor, pues no está obligado a aceptar como cumplimiento de la obligación del vendedor una cosa sobre la que ni tiene la libre disposición ni capacidad para enajenarla (art. 1160 CC) (STS de 11 de noviembre de 1997).

Cuando la venta sea sobre cosa parcialmente ajena, como contempla la S de 7 de noviembre de 2007, se tratará en realidad de un incumplimiento del contrato concebido como un todo unitario y se podrá dar lugar a la resolución por tal incumplimiento cuando se haya frustrado la finalidad del negocio. (STS de 7 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 31 de diciembre de 1983, B., S.A. compró a una Caja de Ahorros mediante escritura pública una parcela de superficie 2.482,69 m², por un precio total de ciento sesenta millones de pesetas. En la fecha de la venta, era conocido que la mayor parte de la parcela (95,40% de su superficie) estaba integrada por viales, excepto 114 m² que eran edificables, de modo que B. adquirió la parcela para segregrar y vender partes de la finca a los titulares de parcelas colindantes que necesitaban tales terrenos para obtener licencias de obras, efectuando así B. diversas transmisiones a terceros para tal finalidad. No obstante, resultó que un resto de 217 m² de terreno no pudo ser vendido a terceros porque el Ayuntamiento sostenía que era de su propiedad exigiendo de B. el otorgamiento de la correspondiente escritura pública a su favor.

B. interpuso demanda contra la Caja de Ahorros solicitando que se declarara: a) La nulidad parcial de la escritura de compraventa de fecha 31 de diciembre de 1983; b) Subsidiariamente, la resolución parcial de la escritura de compraventa (sic) de fecha 31 de diciembre de 1983 por incumplimiento parcial de la Caja de Ahorros; c) En cualquiera de ambos casos, se condene a la entidad demandada a pagar a la actora la cantidad de ciento cincuenta y cinco millones trescientas cincuenta y tres mil trescientas treinta y cuatro pesetas, más los intereses.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

NOTA.—El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que el contrato de compraventa no estaba viciado de nulidad, ni siquiera parcial, por lo que no puede sostenerse violación alguna de las normas que regulan las consecuencias de la nulidad. Además el Tribunal Supremo tiene en cuenta, al igual que lo hiciera la Audiencia Provincial, que precisamente va contra los propios presupuestos en

que pretendía asentarse la nulidad contractual el hecho de que la parte compradora haya enajenado a terceros, en una u otra forma, los terrenos adquiridos mediante nuevos negocios jurídicos, los cuales había adquirido precisamente con conocimiento de sus condiciones urbanísticas.

Para el Alto Tribunal, lo que en ningún caso queda al alcance del comprador es optar por aprovechar los efectos del contrato en cuanto le beneficia e interesar, en primer lugar, la nulidad parcial y, subsidiariamente, la resolución parcial, con mantenimiento de la validez de una parte del contrato. (M. C. L. J.)

29. Permuta de solares por pisos y locales a construir: Incongruencia.—

La desestimación por la Audiencia Provincial se produce por no haber ejercitado la acción para elevar a escritura pública la transmisión de los locales construidos a favor del recurrido, pero tal *ratio* no puede aceptarse como razonable porque en la pretensión de ejecución del contrato y en la cancelación de la estipulación de resolución por incumplimiento, y en la principal, de inscripción de los locales a favor de los herederos del contratante, está forzosamente implícita la elevación a escritura pública para la transmisión de la propiedad de los mismos, ya que la inscripción es de imposible realización sin el previo otorgamiento de la necesaria escritura. El cambio de punto de vista jurídico no da lugar a incongruencia, salvo que la aplicación del principio *iura novit curia* afecte al objeto del proceso, al componente jurídico de la acción o tenga carácter sorpresivo hasta el punto de producir indefensión. El principio de congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentaban, pero no una literal concordancia, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entiende más ajustada, y de aquí que el juzgador pueda, en atención al principio *iura novit curia* en relación al de *da mihi factum, dabo tibi ius*, aplicar normas distintas, e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, según reiterada jurisprudencia (SSTS de 20 de junio de 1991, 17 de marzo de 1992, 10 de marzo y 2 de diciembre de 1993). Por todo lo expuesto los motivos tienen que ser estimados, lo que supone la estimación del recurso, sin necesidad de análisis de los demás y la asunción de la instancia para la estimación o desestimación de la demanda en lo que sea procedente.

Enajenación de inmuebles gananciales por uno sólo de los cónyuges: Interpretación del artículo 1377 CC.—La venta de un inmueble ganancial por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del cónyuge que no concurrió a prestar el consentimiento o de sus herederos, no a instancia del que vendió, ni de la persona que con él contrató, por lo que si tal acción de anulabilidad no se ejercita, el contrato es plenamente válido y vinculante para los que lo concertaron. Sin perjuicio de que el consentimiento de uno solo de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o expresa, tanto por su asentimiento, como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos (SSTS de 10 de octubre de 1982, 28 de enero y 6 de diciembre 1983, 5 de mayo de 1986 y 20 de junio de 1991) con-

sentimiento tácito que aparece evidenciado en el presente supuesto litigioso en ambas sentencias de instancia (en parecidos términos las SSTs de 22 de diciembre de 1993, 29 de enero y 2 de julio de 2003). En el presente caso, la interposición de la demanda conjuntamente por los cónyuges acredita el consentimiento de la esposa al otorgamiento unilateral por parte de su marido en escritura pública de cesión de solares por locales a construir.

Litis consorcio pasivo necesario: no hay novación.—Procede estimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario por cuanto que el presente litigio no se plantea entre todos los que intervinieron en el contrato privado inicial de permuta de finca urbana por volumen de obra, luego elevado a escritura pública con distintas partes. La novación nunca se presume ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar, estando atribuida a la Sala de instancia la apreciación de los hechos determinantes de la misma (SSTs de 25 de abril de 1950, 23 de abril de 1962, 18 de marzo y 17 de febrero de 1987, y 27 de junio de 1992). La excepción estimada determina forzosamente la desestimación de la demanda con absolucón de los demandados, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de nueva demanda contra todos los intervinientes en el primer contrato de permuta de terrenos por obra.

Costas.—En virtud de la complejidad que se acaba de exponer y de los extraños cauces por los que ha discurrido el conflicto, es razonable la no imposición expresa del pago de costas en ninguna de las instancias, y tampoco en casación por estimación del recurso con devolución del depósito. **(STS de 5 de julio de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—El 5.º FD alude literalmente a la *complejidad* y a los *extraños cauces por los que ha discurrido el conflicto*, lo que se comprueba de inmediato repasando los hechos básicos. No estamos en presencia de los clásicos supuestos en este tipo de contrato, de incumplimiento por parte del constructor, sino de la existencia de una pluralidad de documentos, suscritos por las partes, en los que aparecen y desaparecen los sujetos intervinientes sin alegarse razón de ello, y en los que también se incrementa el número de locales a entregar, al parecer por vía de corrección de errores. Así hay un documento privado de 28 de junio de 1995 en el que intervienen tres propietarios de solares y un constructor; una escritura pública otorgada el 25 de abril de 1996 en la que sólo intervienen dos de los cedentes de solares y el constructor acompañado de su esposa; pero en la misma fecha se firma un documento privado que se dice complementario del primero, en el que intervienen las mismas personas de la escritura pública, que además amplían el número de locales a entregar. La demanda se interpone por dos de los cedentes de solares contra los herederos del constructor para formalizar la titulación de los locales a entregar (ya construidos, al parecer). En ambas instancias se desestima aquélla, entre otras razones, por defectuosa constitución del litis consorcio pasivo necesario. Parece que por causa de una deficiente dirección letrada de las partes se retrasa casi un decenio la formalización documental de uno de los contratos relativamente más frecuentes en los pasados últimos años del boom de la construcción. (G. G. C.)

30. Simulación. Donación de inmuebles disimulada bajo compraventa: nulidad. Cambio jurisprudencial.—Al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 CC, la jurisprudencia ha venido distinguiendo tradicionalmente entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito negocial por faltar la causa—, y relativa —en los casos en que el aparente o simulado encubre otro real o disimulado— (así, la STS de 22 de marzo de 2001), y también que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa no priva *per se* de eficacia a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (SSTS de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999).

Sin embargo, la doctrina actual, plasmada en la STS de Pleno de 11 de enero de 2007, es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación cuando de inmuebles se trata, y así, partiendo de lo declarado en la STS de 3 de marzo de 1932, la referida sentencia manifiesta con rotundidad que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública, y cuando el artículo 633 CC hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos. (STS de 5 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña A. adquirió de sus padres, por compraventa, la vivienda que constituía el domicilio familiar de éstos. Doña S., hermana de aquélla, interpuso demanda contra doña A. y su esposo don D., por la que solicitaba que se declarase nulo por inexistencia de causa (precio) el referido contrato de compraventa, y que se declarase igualmente la nulidad de los asientos registrales que traían causa del mismo, sobre la base de que su hermana A., con intención de defraudar los derechos legítimos que correspondían a la demandante en la herencia de su padre difunto, había simulado adquirir a sus padres, por compraventa, la vivienda que constituía el domicilio familiar de éstos, lo que en realidad encubría una donación por no haberse satisfecho precio alguno.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia y estimada en segunda por la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de la compraventa y del negocio disimulado. Don D. y doña A. interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

31. Derecho Canónico. Fuentes del Derecho.—El Código de Derecho Canónico no es fuente del Derecho español y, por tanto, no vincula a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función judicial. Tampoco tiene rango de tratado internacional, ya que no es un instrumento consensuado entre sujetos de derecho internacional público, e incluso si lo fuera carecería de eficacia en España porque no se ha incorporado al derecho interno como impone el artículo 96 CE.

Donación *mortis causa*. Formalidades testamentarias.—Tratándose en el caso de una donación *mortis causa* la misma se rige por lo dispuesto en el artículo 620 CC, según el cual «*las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por la reglas establecidas para la sucesión testamentaria*», siendo así que para su validez era necesario guardar las formas y solemnidades del testamento.

No cabe confundir lo que constituye la normativa propia de las fundaciones erigidas en forma canónica por la Autoridad correspondiente de la Iglesia Católica (que sin duda es materia reservada al Derecho canónico) con un negocio jurídico mediante el cual se dispone de determinados bienes para la constitución o aumento del patrimonio separado que integra una fundación canónica, pues tal negocio de atribución constituye materia propia del Derecho civil que resulta regulada por él mismo. Incluso la propia normativa canónica refuerza dicha afirmación ya que el canon 1299 del vigente Código de Derecho Canónico establece, en su apartado 1, que «*quien, por el derecho natural y canónico, es capaz de disponer libremente de sus bienes, puede dejarlos a causas pías, tanto por acto inter vivos como mortis causa*», y añade en su apartado 2 que «*para las disposiciones mortis causa en beneficio de la Iglesia, obsérvense, si es posible, las solemnidades prescritas por el ordenamiento civil; si éstas se hubieran omitido, se ha de amonestar a los herederos sobre la obligación que tienen de cumplir la voluntad del testador*»; lo que viene a reflejar el propio reconocimiento por el Derecho canónico de la ineficacia jurídica de aquellas disposiciones patrimoniales que no se ajusten al ordenamiento civil, sin perjuicio de la procedente amonestación a los herederos para que, voluntariamente, cumplan lo que viene a considerarse como una obligación de orden moral, pero no jurídico (FD 4.º). (STS de 19 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El Obispado y Diócesis de Santander interpuso demanda contra los herederos de don Armando en la cual solicitaba: a) La plena validez legal civil (en cuanto la tiene canónica) del documento de Fundación-donación canónico de 14 de enero de 1984 otorgado por don Armando ante el Obispado de Santander por el que constituyó la Fundación Canónica «Familia B. G.», cuyo patrimonio está constituido por determinados títulos valores cuya donación otorgaba el constituyente; b) Alternativa y subsidiariamente, se condene a los demandados, como titulares de los derechos hereditarios de don Armando al otorgamiento del correspondiente documento de transmisión de los mismos ante fedatario público a favor del Obispado de Santander, lo que en su defecto habría de hacer de oficio el Juzgado, declarando además que es de titularidad del Obispado de Santander el saldo existente actualmente en el banco; y c) Se condene a los demandados a estar y pasar por todo ello y al pago de las costas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial acerca del contenido y alcance del recurso de casación: a) Este recurso no se da contra todos los fundamentos de la sentencia recurrida, por más que pueda ser de interés de la parte extraer de alguno de ellos sus particulares conclusiones, sino únicamente contra los que constituyan *ratio decidendi* (SS de 29 de enero [RJ 2004, 570] y 2 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 6866], 6 de junio de 2005 [RJ 2005, 6410], y 1 de febrero de [RJ 2007, 705] y 15 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8422]); no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» (SS de 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9383]; 16 de julio de 2001; 2 de noviembre de 2004; 3 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006; 31 de octubre y 12 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8923]); b) La casación no es una tercera instancia sino un recurso de carácter extraordinario ordenado a corregir las posibles infracciones legales que pudieran haberse cometido al conocer del recurso de apelación (SS, entre otras muchas, de 7 de febrero de 2003 [RJ 2003, 859], 12 de mayo de 2005 [RJ 2005, 3994] y 23 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8516]) y fueran oportunamente denunciadas por la parte que se considere perjudicada por la resolución dictada; y c) En modo alguno es competencia del Tribunal Supremo, como afirma la S de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006, 5940), reconstruir el recurso de casación, pues su misión es juzgar las infracciones de Ley que se aleguen —salvo en los contados casos en que deba proceder de oficio— sin que pueda plantearse otras distintas de las expresamente denunciadas con olvido en tal caso de que existe otra parte, la recurrida, que tiene derecho a que el recurso se falle tal y como se ha articulado por la recurrente y ha sido admitido por la Sala. (M. C. L. J.)

32. Responsabilidad del abogado: naturaleza contractual: prescripción de la acción para reclamar daños causados al cliente por negligencia profesional.—Atendiendo a los hechos narrados en el escrito de demanda, la indemnización solicitada con ocasión de los pretendidos daños producidos por la supuesta negligencia profesional de los demandados, se derivaría de una relación de arrendamiento de servicios profesionales, siéndole de aplicar el plazo prescriptivo quincenal del artículo 1964 CC a la reclamación del cliente; plazo que no había transcurrido cuando la demanda fue presentada, por lo cual debe casarse la resolución recurrida debiendo esta Sala asumir la instancia.

Falta de prueba del contrato de servicios.—No se ha probado suficientemente la existencia de un verdadero encargo profesional de asumir la defensa del actor en el juicio ejecutivo que se le seguía; en el caso del demandado Sr. Ángel Daniel, únicamente resulta acreditado que se valió de un poder notarial para instruirse del procedimiento ejecutivo, en avanzado estado de tramitación, para ofrecer su visión profesional al respecto, y sin que dicha visión implique por sí sola una asunción de la defensa de los intereses del actor, especialmente cuando ni siquiera existe provisión de fondos; en el caso del co-demandado Sr.

Benedicto, si bien ha resultado acreditado que redactó un escrito para su presentación en el juicio ejecutivo con el fin de suspender la tercera subasta, no puede entenderse que existiese un mandato genérico de actuación, sino que, más bien, parece un servicio puntual de asesoramiento y gestión jurídica, pues ninguna otra prueba de existencia del contrato se deriva de las actuaciones.

Requisitos de la negligencia profesional: relación causal: la causa del daño es la contumaz conducta omisiva del propio actor.—Aún aceptando la tesis de que los letrados no actuasen —pese a haberseles encargado— la defensa de los intereses de la parte actora, de la eventual conducta omisiva de los abogados no se deriva una relación de causa a efecto para la producción del daño, cuando el actor era conocedor en todo momento de la situación procesal en que se encontraba el asunto, bien personalmente, bien a través de edictos, y sabía que debía pagar la deuda que en todo momento reconoce tener con el Banco de Galicia. A mayor abundamiento, dada la naturaleza de la acción ejercitada y atendiendo a los escasos medios de defensa de que disponía el ejecutado una vez dictada sentencia por la que se mandaba seguir la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados, la intervención de los letrados no hubiera impedido la celebración de las subastas, sino exclusivamente el pago, la consignación de la deuda o la satisfacción extraprocesal por acuerdo con el ejecutante, lo cual ni siquiera intentó el actor. Por todo lo cual procede desestimar la demanda, si bien por motivos diferentes a los establecidos en la sentencia recurrida.

Irrelevancia de la estimación del recurso.—Tal como viene reiterando esta Sala (SSTS de 22 de octubre, 28 de noviembre y 10 de diciembre de 2007, y 30 de abril de 2008) no puede producir efecto casacional un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido. **(STS de 18 de julio de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

NOTA.—Evidente desmesura del recurrente que reclama la suma de casi 142 millones de pesetas a dos letrados con quienes mantuvo alguna relación —que la sentencia reputa irrelevante a efectos de la demanda—, mientras se tramitaba en su contra un juicio ejecutivo; demanda que se desestima en ambas instancias y que también fracasa al plantear un recurso de casación que, no obstante, declararse que debe estimarse, resulta, a la postre, ineficaz por confirmarse por otras razones la sentencia recurrida. La sentencia extractada analiza en detalle la intervención de los dos abogados demandados en sus relaciones con el actor; en un caso el letrado trata de instruirse del estado del procedimiento ejecutivo para ofrecer su visión profesional del asunto, y en el segundo la sentencia admite un servicio puntual de asesoramiento y gestión jurídica, pero sin que por ello se considere pactado un encargo profesional para asumir la defensa del ejecutado. Podríamos ver a modo de unos tratos preliminares que no desembocaron en el contrato de servicios que podrían calificarse de contrato principal.

Sorprende también el esfuerzo de la sentencia extractada por poner de relieve —caso con cierta dosis de innecesaria exageración— la *contumaz conducta omisiva* del actor desplegada a lo largo del juicio ejecutivo. No se aclara tampoco si aquél poseía, de alguna manera, conocimientos jurídicos, pero la sentencia da por supuesto que estaba en condiciones de conocer su difícil situación procesal y el significado de las decisiones judiciales que se le iban

notificando por edictos; pienso, sin embargo, por mi parte, que al ciudadano medio no se le puede exigir, por lo general, un conocimiento tan puntual y minucioso por ejemplo del juicio ejecutivo de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como parece dar por supuesto la sentencia extractada. Lo que si cabría indagar es sobre su posible o eventual negligencia en el hecho de no asesorarse debidamente ante aquella situación, lo cual parece que intentó, al menos parcialmente. En todo caso, la solución de fondo parece indudablemente justa. (G. G. C.)

33. Responsabilidad civil. Responsabilidad profesional del abogado. Necesidad de que la infracción de las normas de la *lex artis* determinen una disminución de las posibilidades de defensa de la parte.—El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto a la *lex artis* o reglas del oficio, que implica una obligación de medios, en el sentido de que no implica obtener un resultado estimatorio o resolución favorable por parte del tribunal. Por lo que ha de examinarse si, como consecuencia del incumplimiento, se produce una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser considerada como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC. En el caso se aprecia cómo han existido actos promovidos por el abogado demandado aptos en principio para operar la interrupción de la prescripción, de suerte que la declaración de haber prescrito la acción no dependió de la conducta del abogado demandado, lo que pone de relieve la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso de la conducta del abogado.

Responsabilidad del abogado. Daños patrimoniales por pérdida de chances u oportunidades.—Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS de 15 de febrero de 2008). Este principio implica el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a la indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). (STS de 23 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—J.P. sufrió un grave accidente laboral por el que fue declarado en situación de invalidez permanente total. Con posterioridad a tal declaración encargó la defensa de los intereses económicos resultantes del accidente al abogado L.M. Mientras duró la relación, el profesional promovió diversos actos de conciliación frente al INSS, que terminaron sin avenencia. Desestimada igualmente la acción planteada, y rotas las relaciones entre cliente y abogado, J.P. acudió a otro profesional que instó nuevas reclamaciones

en la vía social, pero sin éxito al estimarse que la acción intentada había prescrito. El perjudicado ejercitó acción de indemnización contra el primer abogado al estimar que con su actuación había dejado prescribir la acción para dicha reparación. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la acción de responsabilidad contra el letrado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el actor. (*C. O. M.*)

34. Responsabilidad contractual. Funciones del notario.—Los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas (art. 1 LN), presentando su actuación así una doble vertiente, funcionarial y profesional (art. 1.II RN). Cuando asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública (RDGRN de 16 de enero de 1996), y sus obligaciones se rigen entonces por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente y por la regulación profesional de carácter colegial, en cuanto les sea aplicable. En cambio, las actividades de asesoramiento con ocasión de la autorización de escrituras públicas pertenecen de manera plena al ámbito de sus funciones públicas en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, que se centran en la extensión o autorización de instrumentos públicos y, como recoge la RDGRN de 26 de octubre de 1995, el notario tiene el deber de asesorar debidamente a los otorgantes informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica «una asistencia especial al otorgante necesitado de ella», deber derivado de la regulación establecida para la función pública notarial (arts. 1.2 y 147 RN).

Es distinta la naturaleza de la obligación que corresponde al notario de asesorar a sus clientes, por una parte, y la de tramitar las escrituras autorizadas, por otra, y ambas se asientan sobre bases de hecho distintas. La obligación de asesorar consiste en una actividad de comunicación, dimana de la condición profesional del notario y resulta ínsita en su función como fedatario público. La obligación de tramitar consiste en una actividad de gestión, no es específica de dicha profesión y requiere un encargo concreto. (**STS de 14 de mayo de 2008**; no ha lugar a uno de los recursos y sí al otro.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don L., don M., don O., don R. y don R. prestaban sus servicios para la empresa *T.S.M., S.A.*, y por resolución de la autoridad laboral se facultó a la empresa para rescindir los contratos de determinado número de trabajadores, entre los que se encontraban aquéllos. Encargada la tramitación de sus asuntos al letrado don S., quien en su nombre instó diversas acciones ante los órganos jurisdiccionales de lo Social para cobrar lo que se les debía, acudieron por indicación del mismo —aunque no los acompañó— al notario Sr. G., otorgando escritura en la que aceptaban la hipoteca unilateral constituida a su favor por *A., S.A.* (adjudicataria de las fincas inicialmente hipotecadas en garantía de las obligaciones contenidas en el plan de viabilidad, y que se había comprometido solidariamente con *A.M., S.A.* a abonar a los citados trabajadores con carácter vitalicio los complementos del citado plan de viabilidad), sin

que en la misma se contuviera información alguna respecto a la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad para la efectividad del acto, ni tampoco se la proporcionaron de palabra ni por el notario ni por el abogado, que advirtió a los dos años que no había sido inscrita la referida escritura de aceptación de la hipoteca, lo que hizo decaer los derechos de aquéllos.

Con posterioridad, se declaró la insolvencia de las empresas A.M., S.A., y A., S.A., lo que hizo imposible el cobro por los citados trabajadores de la suma reconocida.

Don L., don M., don O., don R. y don R. interpusieron demanda contra el letrado don S. y el notario don G. y su aseguradora, en la que solicitaron se les condenara al resarcimiento de los daños y perjuicios causados derivados del supuesto incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios entre los actores y los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado, y, con estimación de la demanda, condenó a los demandados a abonar a los actores diversas cantidades. Contra esa sentencia, don G. y la aseguradora recurrieron en casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo el recurso de la aseguradora y estimado el de don G., absolviéndole de la pretensión de condena contra él y manteniendo los pronunciamientos relativos a los demás codemandados. (F. J. J. M.)

35. Contrato de usuario de autopista con la empresa concesionaria: caída en hueco notable existente en la mediana y no protegido debidamente.—La sentencia de apelación afirma que la existencia de un hueco de notables proporciones en la mediana de la autopista, cuya peligrosidad era evidente para vehículos y peatones que pudieran tener acceso a la misma en una situación extraordinaria —en el caso, prestación de ayuda a un accidentado—, no había sido acompañada de las debidas medidas de protección, por cuanto las barreras se habían colocado sólo en el sentido de la circulación y, por otra parte, no se había demostrado que fueran suficientes para evitar el peligro, sino, al contrario, se habían instalado sin observar las recomendaciones del Ministerio de Fomento y de forma menos segura que las colocadas en una autovía de la zona para cubrir un tragaluz de características similares existente a la sazón. Hay jurisprudencia reiterada declarando que la relación contractual entre el concesionario de una autopista y el usuario de la misma impone al primero una obligación de diligencia extrema para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, concebidas para la circulación rápida de vehículos. Establecido el nexo de causalidad entre la omisión de sus obligaciones por parte de la concesionaria y el resultado producido, únicamente resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad de la que se exige responsabilidad, pues la imputación objetiva, que integra una *quaestio iuris*, comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño cau-

sado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Desde esta perspectiva, el juicio de imputación se atiende rigurosamente a un criterio de diligencia rigurosa extraída de las obligaciones impuestas al concesionario por la Ley de Autopistas. Es cierto que se nos ofrecen como circunstancias relevantes el accidente previo producido y la propia conducta de la víctima que corrió desinteresadamente a socorrer a los accidentados; pero estos factores no son suficientes para eliminar la imputación objetiva del daño a la concesionaria. Las medidas de seguridad que se infringieron tienen por finalidad no sólo evitar los accidentes, sino también limitar o paliar los efectos de los que se produzcan, por lo que opera en contra del recurrente el criterio de imputación objetiva que se infiere del ámbito de protección de la norma que resultó incumplida. También operó en su contra el criterio de la normalidad de riesgos, pues no puede considerarse como un acontecimiento que libere de responsabilidad al concesionario el hecho de que un vehículo pueda desviarse de la calzada y penetrar en la mediana, a pesar de ser un espacio en principio ajeno al tráfico y a la circulación de personas, y de que otros conductores se presten a ofrecerle asistencia deambulando por dicho espacio en lógicas condiciones de dificultad y de falta de visibilidad durante la noche, pues debe recaer sobre el titular de la concesión y no sobre quienes se ven inmersos en estas difíciles circunstancias, la responsabilidad de apurar la máxima diligencia en la instalación de las medidas de seguridad tendentes a evitar que las consecuencias de los accidentes puedan verse agravadas por peligros que no sean de los inevitables inherentes a la circulación de vehículos.

Cuantía de la indemnización: inaplicación de baremos.—La jurisprudencia ha venido declarando la inadmisibilidad de recursos o motivos fundados en la falta de aplicación analógica del sistema de valoración legal tasada de daños corporales derivados de accidentes de circulación (ATS de 5 de mayo de 1998 y STS de 19 de mayo de 2006), pues la jurisprudencia sólo ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de aplicación de los sistemas basados en la valoración legal, y, en especial, de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, puedan resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, pero no tienen carácter vinculante fuera de los daños corporales derivados de accidentes de circulación, ni es preceptivo aplicarlos por vía analógica.

Intereses del artículo 20 LCS.—La parte recurrente funda únicamente su defensa frente a la aplicación de los intereses moratorios impuestos a la aseguradora, en el carácter no líquido de la cantidad fijada como indemnización y en que fue necesaria una sentencia para determinarla, pero no justifica las razones concretas por las que estima que su oposición estaba fundada y necesitaba de una actuación judicial para la determinación de la cobertura del seguro o de las causas del accidente, frente a la afirmación de la sentencia recurrida en la cual se formula claramente la conclusión de que el fallecimiento se produjo por la caída en un tragaluz existente en la mediana de la autopista, que no se encontraba, ni debidamente protegido, ni debidamente señalizado, por lo que existía responsabilidad por parte de la concesionaria y de su compañía aseguradora. (STS de 30 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Supuesto de hecho complejo y que no deja de ser, en cierto modo, paradójico. Un vehículo que circula por una autopista sufre un accidente y queda cruzado en la mediana, pero no se ventilan en este litigio las posibles responsabilidades derivadas de aquél. Otro conductor que lo observa, se detiene —se supone que lo hace en el arcén y adoptando las precauciones oportunas—, y se dirige al lugar en donde se ha parado el accidentado para prestar eventualmente ayuda. A partir de ese momento se inicia otro drama con peores consecuencias. El buen samaritano parece al caer a un hueco existente en la mediana, mal iluminado y peor señalizado. Es un hecho dañoso, que ocurre en la autopista, pero que no es accidente de circulación, aunque sí se origina o deriva de otro anterior en el tiempo, ocurrido en el mismo lugar. Son las cinco de la mañana de un día de agosto de 1999, y todavía no puede decirse que haya amanecido, y cabe pensar que la circulación era escasa, de aquí que el deber legal de prestar ayuda a un accidentado resulta todavía más apremiante. Ciertamente cabría imaginar un auxiliador que actuase imprudentemente en su propósito de prestar auxilio, pero aquí no hay ningún indicio de ello. Creo, por tanto, que ha sido acertado profundizar en los deberes que asume la concesionaria en relación con la seguridad de personas y coches que transitan por la autopista, y que se integran en la relación contractual que mantiene todo usuario con aquélla. Un hueco de 7,5 x 7,5 metros en la mediana es algo que requiere inmediata actuación de la concesionaria, las defensas que habían sido colocadas, han impedido que el vehículo primeramente accidentado cayera al hueco, pero las barandillas han sido destrozadas y han caído al hueco, y van a causar la muerte de la víctima al tropezar y caer en él. Doctrina plenamente de aprobar. (G. G. C.)

36. Responsabilidad civil. Vicios de la construcción. Diferencias entre la acción por incumplimiento contractual y la acción por vicios ruinógenos. El incumplimiento de lo acordado en el contrato no integra per se un defecto constructivo del que deban responder los técnicos intervinientes.—La falta de construcción de la piscina, así como la supresión de una escalera de acceso al sótano y la disminución de la zona diáfana respecto a la prevista en el proyecto, no son defectos que constituyan ruina en la acepción más amplia del concepto, ya que manifiestamente se trata de supuestos incumplimientos contractuales de la promotora. El artículo 1.591 CC se refiere a los daños y perjuicios derivados de una deficiente construcción de un edificio, y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en su ejecución, excluyendo aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicados en el mismo. De manera que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que viene dada no por el artículo 1.591 CC, sino por los artículos 1101 y 1124 CC. En este sentido, el compromiso de construir una piscina, así como la escalera de acceso al sótano y el resultado final de ser la zona diáfana del edificio menor que la prevista en el proyecto, son defectos que afectan a quien oferta tales elementos en el contrato, y no a quien construye el edificio. Es decir, afectan al promotor condenado por

la vía del artículo 1101 CC; por más que dichas previsiones estuvieran incluidas en el proyecto original, pues las diferencias estructurales entre proyecto y obra realizada y vendida es materia que afecta a la relación contractual entre compradores y vendedores (STS de 12 de abril de 1988), puesto que la controversia no se refiere en este caso a las deficiencias existentes por una incorrecta ejecución de aquellos elementos, sino a la falta de compromiso del promotor con los compradores respecto a los mismos. **(STS de 13 de mayo de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a todos los intervinientes en el proceso de construcción por las deficiencias, omisiones e incumplimientos observados con motivo de la edificación, ejercitando sus acciones al amparo de los artículos 1591 y 1101 CC. La demanda fue estimada parcialmente tanto en primera como en segunda instancia, absolviendo a los demandados de responsabilidad por determinados defectos. Tanto la constructora como el arquitecto y el aparejador recurrieron en casación, combatiendo la condena por defectos consistentes en la no construcción de determinados elementos prometidos en la promoción de la obra, como eran, entre otros, la piscina o la elaboración de una escalera de acceso al sótano. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. *(I. D. L. S.)*

37. Responsabilidad civil. Vicios de la construcción. Responsabilidad del arquitecto por infracción de sus deberes profesionales al realizar el proyecto confiando en el estudio hecho por un tercero, sin haber comprobado personalmente la veracidad del contenido del informe.—Es responsable el arquitecto, como autor del proyecto, al no haber valorado, en su realización, las características del terreno y la previsión de un sistema de impermeabilización adecuado, habida cuenta de la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención; de manera que ha de responder de las consecuencias de la falta de cumplimiento de estos deberes, sin que le exonere el estudio geotécnico realizado por un tercero, y encargado por la promotora, toda vez que es obligación del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias para atribuir su causa a informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos, los hace suyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su intervención. **(STS de 14 de mayo de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandó a todos los agentes que intervinieron en la construcción del edificio, reclamándole la reparación de diversos vicios constructivos. Tanto en instancia como en alzada fueron condenados a diversas reparaciones, pero absueltos de otras. En concreto, la promotora y el arquitecto proyectista-director fueron absueltos de la patología principal consistente en la producción de filtraciones de agua subterránea en las uniones de diversos muros y elementos con la solera del aparcamiento por

ausencia de un sistema de impermeabilización bajo la losa de cimentación. El motivo de la exclusión de responsabilidad residía en que fue encargada a una empresa especializada la realización de un estudio geotécnico sobre el suelo, cuyos resultados habrían sido erróneos y llevado a error al arquitecto a la hora de realizar el proyecto. La comunidad de propietarios demandante interpuso recurso de casación al no estar de acuerdo con la exención de condena a estos agentes por el defecto denunciado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*I. D. L. S.*)

38. Responsabilidad civil. Vicios de la construcción. Inversión de la carga de la prueba.—Acreditada que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, que siempre responderá del daño, salvo que concurren las circunstancias enervantes de la acción, de tal forma que la falta de prueba sobre el origen del daño no recae sobre los demandantes, sino sobre los demandados. Es por tanto de plena aplicación el principio de inversión de la carga de la prueba, que obliga al perjudicado a acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes de la edificación, y que éste ha ocurrido dentro del periodo de garantía, como en la actualidad resulta del artículo 17.8 LOE.

Exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor. Aplicación del artículo 1105 CC a los defectos o vicios constructivos.—La aplicación del caso fortuito del artículo 1105 CC, que también recoge el artículo 17.8 LOE, exige que conste acreditada la imprevisibilidad del evento dañoso. Lo que constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. Doctrina que determina la desestimación del motivo en un supuesto en el que la sentencia descarta que no sea previsible un hecho de la construcción en el que intervienen personas específicamente expertas en el estudio y valoración de las condiciones del suelo, de la resistencia y de las previsiones de seguridad y funcionamiento de las edificaciones, máxime cuando el estado de la ciencia y de la técnica en estas materias hacían posibles calcular o prever la aparición de las grietas y su posterior reparación y evitación. (**STS de 28 de abril de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los actores demandaron a la cooperativa-promotora, a la constructora, así como a los arquitectos y aparejadores que habían intervenido en la edificación, solicitando la condena solidaria de todos ellos a la reparación de los daños por los vicios ocultos en la construcción de las viviendas, que imputaban a todos ellos indistintamente. Tras ser desestimada la acción por el Juzgado, la Audiencia Provincial de Madrid acogió parcialmente el recurso de apelación y, absolviendo a la cooperativa demandada, condenó al resto de los demandados como responsables solidarios de los vicios constructivos, consistentes en lo esencial en grietas y fisuras en las juntas de los edificios; desestimando asimismo los motivos de oposición de los técnicos que se fundaban, principalmente, en la falta de prueba de la imputación de los daños y, eventualmente, en la causación de los mismos por caso fortuito. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L. S.*)

39. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del promotor.—En la Ley de Ordenación de la Edificación 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. El promotor responde aun cuando 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).

Distinción entre vicio constructivo e incumplimiento contractual.—*«Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo 1591 CC, sino por los artículos 1101 y 1124 CC, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma. Es razón de la remisión que en la actualidad hace la Ley de Ordenación de la Edificación a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión «sin perjuicio», utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1484 y siguientes CC del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos»* (STS de 13 de mayo de 2008). **(STS de 26 de junio de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Ante la existencia de vicios en los elementos comunes del inmueble y en las viviendas, así como de unidades de obra presupuestadas en el proyecto de ejecución y no ejecutadas, una comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora, constructora, el arquitecto superior y el arquitecto técnico.

El Juzgado de Primera Instancia condena solidariamente a los demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—En esta sentencia el Tribunal Supremo sigue la jurisprudencia sentada en aplicación del artículo 1591 CC que parte de la caracterización del promotor como beneficiario económico del negocio constructivo (STS 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 529]). La jurisprudencia ha reiterado que el hecho de que la promotora no sea constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal (SSTS de 21 de febrero de 2000 [RJ 2000, 752]; 8 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7549]; 13 de mayo de 2002 [RJ 2002, 5705]).

Para el Alto Tribunal, las sentencias dictadas en primera y segunda instancia incurrían en el mismo error de apreciar vicios constructivos ruinógenos lo que son incumplimientos contractuales de la promotora para con los compradores, teniendo en cuenta que los contratos de compraventa de las viviendas son concertados entre ésta y los adquirentes, quienes integran, a su vez, la comunidad de propietarios. Por ello el Tribunal Supremo estima en parte los recursos de casación formulados por las representaciones procesales de la constructora, el Arquitecto Superior y el Arquitecto Técnico (a los que absuelve del pronunciamiento por el que les condena solidariamente a ejecutar las unidades de obras presupuestadas, y no ejecutadas) y desestima el recurso interpuesto por la promotora. (M. C. L. J.)

40. Principio de solidaridad en la responsabilidad decenal.—Cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo responde de los daños y perjuicios ocasionados por la ruina que tenga causa en su respectiva actuación; por ello, si la causa de la ruina está perfectamente delimitada, no surge problema, ni tampoco cuando siendo varias las causas se encuentra igualmente concretado el grado de causalidad de cada una de ellas en la producción de la ruina. No obstante, si cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible determinar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, con seguimiento de la tendencia de aplicar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado.

Motivación de las sentencias.—La exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC número 101/92, de 25 de junio). Sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC de 16 de noviembre de 1992). (STS de 30 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—Ante la existencia de vicios ruinógenos motivados por el empleo de una piedra artificial, material inadecuado al ser excesivamente poroso para el lugar para el que fue diseñado (ambiente marino), una comunidad de propietarios demandó a don Jesús Miguel, don Evaristo, don Jose Daniel, la compañía C.P., S.A. y la entidad G.F., S. A.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda inicial y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de absolver a los demandados del pago de 417.600 pesetas, importe del informe realizado por técnico, y estableciéndose como límite, caso de indemnización en 43.007.286 pesetas más el IVA y el impuesto que lo sustituya con un incremento basado en la inflación anual desde la interposición de la demanda.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo recuerda que la doctrina jurisprudencial admite la fundamentación por remisión; así, si la resolución de primer grado es acertada, la que confirma en apelación no tiene porque repetir o reproducir los argumentos, y sólo, en aras de la economía procesal, debe corregir aquéllos que resulten necesarios (STS de 16 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7826]). (M. C. L. J.)

41. Contrato de obra. Extinción del contrato por desistimiento unilateral del dueño de la obra. Doctrina jurisprudencial.—La doctrina jurisprudencial sobre el desistimiento unilateral contemplado en el artículo 1594 CC tiene declarado que tal facultad no está condicionada a la concurrencia de requisito alguno, sino que se determina como una facultad *ad nutum*, dependiente de la sola voluntad del comitente (SSTS de 2 de noviembre de 1993 y de 4 de febrero de 2002); por lo que resultan irrelevantes los motivos que le lleven a ello y, también, la innecesariedad del previo incumplimiento del contratista (SSTS de 9 de marzo de 1999 y 25 de noviembre de 2002). El desistimiento es una declaración de voluntad unilateral, recepticia e irrevocable que no está sometida a forma alguna, y cuya corrección exige que simultáneamente a su ejercicio se ofrezca indemnizar al contratista de la obra de todos los gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener de ella (SSTS de 7 de octubre de 1982 y 26 de abril de 2005).

Imposibilidad sobrevenida de la prestación. No exime de la obligación de indemnizar los gastos y trabajos realizados, cuando tal imposibilidad se pactó a riesgo del comitente.—La imposibilidad de ejecución de la obra no cabía calificarla como definitiva, sino temporal, pues fue promovido un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que ordenaba paralizar los trabajos y, en todo caso, se trataba de un riesgo asumido por la dueña de la obra, según las estipulaciones del contrato suscrito con la actora, donde se precisa que la obtención de las autorizaciones y permisos administrativos necesarios sería por cuenta y responsabilidad de la demandada, pese a lo cual ésta ordenó el comienzo de los trabajos cuando la resolución administrativa aún no era firme y mantuvo la maquinaria e instalaciones mientras se resolvía el recurso interpuesto contra la denegación. (STS de 17 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La mercantil *D., S.A.* demandó a su comitente *P.R., S.A.* el abono de los trabajos y gastos originados por el dragado de arena y relleno para la construcción de una playa artificial por cuenta de esta última, así como la indemnización de los perjuicios ocasionados por la ruptura unilateral del contrato comunicada por la demandada a la actora, a consecuencia de no haber obtenido el permiso definitivo de la autoridad administrativa de costas para proceder a los trabajos encargados. La demandada alegaba su derecho a no indemnizar perjuicio alguno, toda vez que la prestación —en ausencia de dicho permiso administrativo— se había tornado imposible, lo que de por sí llevaba aparejada la extinción del contrato. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Las Palmas estimaron la demanda y condenaron a la empresa que había encargado la obra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. A. G. D.*)

42. Contrato de arrendamiento de obra. La acción del artículo 1597 CC es directa y no subrogatoria.—El artículo 1597 CC reconoce una acción directa «a los que ponen su trabajo y materiales» para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (art. 1111 CC), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito.

Los subcontratistas se incluyen en la acción directa del artículo 1597 CC.—Las doctrinas científica y jurisprudencial incluyen a los subcontratistas entre los legitimados activamente para el ejercicio de esta acción. La STS de 19 de abril de 2004 declara que «el artículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 CC (STS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 15 de mayo de 1994 y 2 de julio de 1997), y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista (STS de 16 de marzo de 1996)».

Momento desde el que se devengan los intereses de demora. Requerimiento extrajudicial por vía notarial.—Sobre el momento en que deben devengarse los intereses de demora, la controversia gira en torno a varios momentos: las fechas de la presentación de la demanda o, en su caso, del requerimiento extrajudicial, la del emplazamiento del demandado o de la contestación de la demanda, o la de la sentencia. Si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 CC, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengarán desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior (SSTS de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero y 15 de noviembre de 2000), cuya posición es de aplicación al caso debatido, con el entendimiento de que el referido acto notarial comporta una intimación precedente a la formulación del escrito inicial por el que se inició el presente litigio. **(STS de 8 de mayo de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—CME, S.A. era la dueña de una obra de construcción de una nave industrial, en la que EG, S.A. intervenía como subcontratista de los trabajos de excavación y terraplenado. Ante la existencia de ciertas cantidades que le adeudaba la contratista, EG, S.A. se dirigió notarialmente a CME, S.A. reclamándole la retención y abono de 16.333.811 pesetas. Ante la desatención a ese requerimiento, EG, S.A. presentó demanda contra CME, S.A., solicitando que se declarara la obligación de retener de la demandada, y la condena de la misma al pago de la suma que debió retener más sus intereses desde que se hizo la reclamación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de EG, S.A. contra CME, S.A. Interpuesto recurso de apelación por CME, S.A., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia de primera instancia salvo en lo referente a los intere-

ses, que deberían correr desde dicha resolución. Contra esa sentencia, *EG, S.A.* recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que anuló la sentencia de la Audiencia y ratificó íntegramente la del Juzgado. (*F. J. J. M.*)

43. Nulidad de préstamos usurarios.—La Ley de 23 de julio de 1908 únicamente regula unas determinadas relaciones obligatorias surgidas de un préstamo: las situaciones puramente obligacionales. El silencio sobre las garantías que se hubiesen pactado para su cumplimiento no significa otra cosa que han de seguir los principios y normas generales y comunes, así el de que la garantía es accesoria de un crédito, y que sin su existencia, aquéllas no pueden subsistir. (**STS de 15 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Doña Amanda y su esposo don Juan Miguel, como prestatarios, y F., S. A., como prestamista, conciertan un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Con posterioridad, doña Amanda demandó a F. solicitando que: se declarara la nulidad del contrato por tratarse de un préstamo usurario, así como la nulidad de la adjudicación a nombre de F. del piso objeto de la garantía en ejecución de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia, sin entrar a conocer del fondo de la demanda, la desestimó por apreciar falta de litisconsorcio positivo necesario, ya que no se había demandado a don Juan Miguel. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó y en su lugar estimó parcialmente la demanda. Declaró la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria y el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido para la realización de la hipoteca, y la adjudicación a F. de la finca objeto del mismo. Al haber pasado a tener adquirente protegido, condenó a F. al pago a la actora de la suma de 21.813.083 pesetas, más los intereses previstos en el artículo 921 LEC. (*M. C. L. J.*)

44. Extensión de la hipoteca a nuevas edificaciones y mejoras: interpretación de los artículos 110 y 111 LH.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 2 de enero de 1991, 20 de marzo de 1992 y 16 de octubre de 1993), así como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 6 de febrero de 1986, 23 y 26 de octubre de 1987 y 19 de enero de 1996) mantienen que las citadas normas tienen carácter dispositivo y, por tanto, las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden pactar la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones que se realicen en la finca hipotecada. (**STS de 19 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—En un proceso de ejecución hipotecaria instado por la entidad financiera C. contra doña A., se adjudicó el inmueble hipotecado a la sociedad mercantil ISG.

En el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre doña A. y la entidad financiera C. se pactó que «la hipoteca se

extenderá a todos los muebles, frutos y rentas que detalla el artículo 111 LH, las accesiones y mejoras en los términos del artículo 110 del mencionado cuerpo legal, incluso a las agregaciones y toda clase de construcciones, mayores elevaciones, ampliaciones y obras en profundidad o nuevas...».

Posteriormente, doña A. realizó obras y mejoras en la finca hipotecada.

A este respecto doña A. defiende que el artículo 110 LH contiene un mandato imperativo que no admite pacto en contrario y considera que la hipoteca no se extiende a las nuevas construcciones realizadas en la finca hipotecada. Por esta razón interpone una demanda contra la sociedad adjudicataria ISG., solicitando, entre otras cosas, que se declare la propiedad a su favor de los apartamentos de nueva construcción existentes en la finca, así como una indemnización por las mejoras efectuadas y, con carácter subsidiario, una indemnización por el valor global de las nuevas construcciones y mejoras realizadas.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

45. Culpa extracontractual: accidente laboral: criterios para determinar la jurisdicción competente.—Esta Sala, siguiendo la STS Pleno de 15 de enero de 2008, considera que en las reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo. En el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva. Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Por ello, para que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral. En el presente caso, el accidente y las graves consecuencias que se derivaron de él se sitúan en el marco del incumplimiento por la empresa de las normas sobre seguridad en el trabajo, bien por no haber facilitado a la empleada lesionada la necesaria formación para el desempeño, en condiciones que le aseguraran su total indemnidad, de las funciones del puesto de trabajo que le había sido encomendado, bien por razón de la falta de revisión y mantenimiento de los equipos y por el deficiente funcionamiento de la maquinaria cuyo manipulación tenía encargada y que formando parte del contenido del contrato de trabajo, tienen su origen en la Ley. En consecuencia se declara la competencia de la jurisdicción social. (STS de 4 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—Obsérvese que de aplicarse estos criterios al caso resuelto por STS de 11 de julio de 2008, habría que haber declinado la jurisdicción en favor de la Sala Social, aspecto —no se olvide—, de orden público, pues en esta sentencia el *thema decidendi* es el de la seguridad en el trabajo que deben mantener las empresas eléctricas

en relación con sus empleados, incluso aunque subcontraten sus servicios. Sin embargo la Sala, en estos dos casos, se compone de distintos Magistrados, y ninguna de las partes hizo valer la excepción de jurisdicción. Podría concluirse que resulta largo el camino que conduce a la unificación de criterios competenciales en materia civil y laboral. (*G. G. C.*)

46. Responsabilidad civil *ex delicto*. Extinción de la acción civil por transcurso del plazo si no se hizo reserva expresa de su ejercicio en el proceso penal.—El recurrente, que ejercitó en el proceso civil la acción derivada del delito, se aquietó con el pronunciamiento judicial denegatorio de la responsabilidad civil propugnada como acusador particular, al no haber recurrido el auto denegatorio de la misma, y sin que se reservase expresamente la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, como impone el párrafo primero del artículo 112 LECr, sino que acabó dando por buena la exclusión de cualquier responsabilidad civil al retirar tal petición de su escrito de calificaciones en el acto del juicio oral. Esta conducta procesal acabó equivaliendo a una renuncia de derechos, pues la jurisprudencia considera imprescindible la reserva expresa porque los posibles defectos de la sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil (STS de 21 de enero de 2000), ya que el proceso civil posterior a la sentencia penal firme condenatoria por delito no permite suplir las deficiencias de dicha sentencia penal ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante (SSTS de 25 de septiembre de 2000 y 13 de mayo de 2004). (**STS de 24 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandante había sufrido un accidente de trabajo que determinó su incapacidad laboral permanente total para su profesión habitual, sin que pudiera obtener las prestaciones que le habrían correspondido de la Seguridad Social por no haber sido dado de alta por su empleador, a consecuencia de lo cual resultó este último condenado en vía penal por un delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo. En dicho proceso no se acordó indemnización alguna para el lesionado, pese a que éste se personó como parte acusadora solicitando una determinada cantidad a la que no accedió el juez instructor, sin que el interesado hiciese reserva del ejercicio de las acciones civiles. Tiempo después acciona en la vía civil reclamando indemnización de daños y perjuicios, pero tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por haber prescrito la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

47. La exención de responsabilidad criminal por aplicación de la exigente de legítima defensa no vincula a los tribunales civiles imposibilitando, sin más, una eventual indemnización posterior.—Conforme al artículo 116.1.º LECr («la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiera podido nacer»), y como ya señaló la STS de 28 de junio de 1996, la exención de responsabilidad criminal por legítima defensa no vincula a los Tribunales del orden civil im-

sibilitando, sin más, una eventual indemnización posterior, desplazándose la controversia, en el ámbito civil, a determinar la concurrencia o no de antijudicialidad en la conducta del demandado como elemento subyacente de la responsabilidad aquiliana configurada en el artículo 1902 CC.

Vinculación de los tribunales del orden civil a las sentencias penales firmes: se produce respecto de los hechos declarados probados integrantes del tipo de delito, y en cualquier caso constituyen medio de prueba cualificado de los hechos, en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva.—La vinculación de las sentencias penales firmes para los tribunales del orden civil, como recuerda la STS de 11 de septiembre de 2007, «se produce respecto de aquellas declaraciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo de delito, que se refiere y castiga (SSTS de 10 de diciembre de 1992 y 15 de mayo de 2004), e incluso en las de carácter absolutorio cuando se declara la inexistencia del hecho del que nace la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito o cuando se declara expresamente que una persona determinada no ha sido autor del hecho (SSTS de 28 de noviembre de 1992 y 15 de mayo de 2004, entre otras); debiéndose de tener en cuenta que toda sentencia firme, aunque no produzca los efectos de cosa juzgada, genera otros accesorios o indirectos, entre los cuales debe destacarse el consistente en constituir la misma, en un ulterior proceso, medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados, en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva (SSTS de 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003 y 6 de octubre de 2006), lo que es consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional (así, en la S. 34/2003, de 25 de febrero, y las que en ella se citan), según la cual son contrarios al principio de seguridad jurídica (unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado) y al derecho a la tutela judicial efectiva (integrado también por la expectativa legítima de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia) los pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales». En suma, la falta de vinculación del juez civil a la resultancia probatoria del previo proceso penal no puede comportar, no obstante, la imposibilidad de alcanzarse en ambas jurisdicciones las mismas conclusiones probatorias.

La tendencia de la jurisprudencia hacia la objetivación de la culpa extracontractual no supone una admisión general de la inversión de la carga de la prueba.—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 excluye 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. Así pues, no se admite con carácter general la inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de 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 profesionales o de otra índole (STS de 17 de diciembre de 2001, que cita las anteriores de 2 de marzo de 2006 y 22 de febrero de 2007). (STS de 5 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don D. agredió a don L. F., ocasionándole diversas lesiones. El proceso penal concluyó con sentencia absolutoria, confirmada en apelación.

Don L. F. interpuso demanda contra don D., solicitando que se condenara al demandado a indemnizarle por las lesiones y secuelas sufridas, a lo que éste se opuso con remisión a los hechos probados en el previo procedimiento penal, justificando su conducta, también en sede civil, por la concurrencia de legítima defensa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo al demandado sobre la base de la existencia de legítima defensa en su actuación. Interpuesto recurso de apelación por don L. F., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, don L. F. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

48. Responsabilidad civil extracontractual. Daños sufridos por el operario en accidente de trabajo. Responsabilidad de la promotora, constructora y del arquitecto.—El empresario principal que contrata con otro la realización de la obra es responsable de las negligencias en que incurra el contratista por incumplimiento de medidas de seguridad, entre otros supuestos, cuando aquél asume funciones de control, vigilancia o dirección (SSTS de 20 de diciembre de 1996, 18 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2007). La responsabilidad de la empresa contratista deriva de que el trabajador estaba bajo sus directas órdenes y, en consecuencia, a ella incumbía, junto con los demás responsables, velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad, no obstante lo cual el accidente se produjo, sin que por los encargados de la obra se efectuara la correspondiente diligencia y vigilancia. De manera que se ha incurrido en una clara culpa *in vigilando*, ante la expresada falta de control y precaución sobre la seguridad de sus trabajadores. Ciertamente al arquitecto autor del proyecto no le alcanza el deber de velar por el cumplimiento de las concretas medidas de seguridad durante la ejecución de la obra (SSTS 27 de noviembre de 1993, 22 de enero de 2003 y 16 de marzo de 2005). Sin embargo, en la medida en que corresponden a los arquitectos la superior dirección de la obra, incurre en responsabilidad cuando se aprecia una negligencia en el deber de vigilancia inherente a las funciones de dirección.

Responsabilidad solidaria de los distintos agentes causantes del daño. Solidaridad impropia. Doctrina jurisprudencial.—Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos responsables por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad no tiene su origen en la ley o en el pacto, sino que nace con la sentencia de condena (SSTS de 17 de junio de 2002, 14 de marzo de 2003 y 2 de octubre de 2007). Se trata de una responsabilidad *in solidum*, que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (SSTS de 18 de mayo de 2005, 18 de abril de 2006 y 7 de septiembre de 2006). Se encuadra, por lo demás en el contexto de la regulación seguida por muchos códigos europeos, los cuales tienen como característica común el establecimiento de

la responsabilidad solidaria para los varios responsables de un daño. (STS de 20 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor había sufrido graves lesiones a consecuencia de una caída que se produjo, mientras realizaba trabajos de remate en la cubierta de un chalet por cuenta de la constructora para la que prestaba servicios. La causa directa había sido quitarse el cinturón fuera de la zona de seguridad marcada para ello, cayendo al vacío desde una altura de ocho metros, y sin que hubieran medidas de seguridad adicionales, tales como redes, andamios u otras que hubieran impedido o, al menos, minimizado los daños sufridos por el trabajador. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial condenaron solidariamente a la constructora para la que prestaba servicios por encargo de la promotora, también condenada, así como al arquitecto y aparejador, a través de sus respectivas aseguradoras. La base de la condena estaba en haber incurrido en culpa, ya *in eligendo*, ya *in vigilando*, al no haber adoptado las medidas adecuadas y no haber hecho que las mismas se cumplieran, en las diversas funciones de vigilancia y control que tenían encomendadas. Asimismo, la condena a pago de la indemnización concedida se impuso solidariamente a todos los demandados. Tanto las aseguradoras como la constructora interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (I. D. L. S.)

49. Responsabilidad civil extracontractual. Sistema culpabilístico de los artículos 1902 y 1903 CC. Imputación del daño al riesgo creado: necesidad de acreditar que el daño sufrido es consecuencia directa de la omisión de las medidas de seguridad procedentes.—Más allá de la situación de riesgo que supone mandar a trabajar a una persona con un vehículo carente de las medidas de seguridad exigidas por la normativa vigente, este hecho no ha sido determinante en sí mismo del resultado. Pues no siempre que se produce un resultado dañoso se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1902 y 1903 CC. El riesgo actúa como criterio de imputación objetiva, asociado a la causalidad jurídica, cuando resulta relevante para la producción del daño; y lo que la sentencia dice es que se omitieron determinadas medidas pero sin razonar a cerca de cómo estas omisiones, de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos gran probabilidad, propiciaron el riesgo de un resultado jurídicamente desaprobado al ser este previsible en el curso normal de los hechos dadas las características del tractor, cuando la propia sentencia desconoce si la salida del conductor de la senda forestal se produjo por una distracción suya, por un deficiente funcionamiento de la dirección del tractor o por la falta de agarre de las ruedas. Y este extremo resulta decisivo para el enjuiciamiento de la causalidad y corresponde acreditarlo a quien reclama. En definitiva, la sentencia parte de la existencia de un daño y de una causalidad

dad simplemente especulativa e insuficiente para fundamentar una responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1902 CC. (**STS de 24 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Mientras trabajaba como tractorista en el arranque de troncos, don M. tuvo un accidente al salirse el tractor de la pista por la que transitaba, volcando y saliendo despedido su conductor con fatales consecuencias al quedar atrapado entre el suelo y la máquina; lo que determinó su fallecimiento. Durante el proceso se acreditó que el tractor carecía de cinturón de seguridad y que las ruedas tenían un dibujo insuficiente para que el vehículo se agarrara al suelo; igualmente se comprobó que tampoco había pasado las revisiones periódicas de la I.T.V. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la empresa titular del tractor y a su administrador al pago de 36.722.444 pesetas. La Audiencia Provincial de Ávila estimó parcialmente el recurso de apelación de los demandados y redujo la indemnización a 15.112.349 pesetas. Interpuestos sendos recursos de casación por ambas partes litigantes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al de la actora y estimó el de los demandados. (*L. A. P. M.*)

50. Responsabilidad civil extracontractual. Imputación del daño al agente. Razonabilidad de las medidas de protección que impidan el acceso de menores a la fuente del riesgo. Culpa exclusiva de la víctima.—No puede exigirse a los propietarios de un hotel con piscina que, más allá del horario de uso establecido, mantengan una vigilancia y una iluminación permanentes para impedir el acceso de personas, mayores o menores de edad, con suficiente discernimiento para conocer la prohibición de uso de la piscina fuera de dicho horario. Y menos aún podría exigirse dicha vigilancia para impedir el acceso a la piscina por una vía totalmente anómala, como era la escalera de incendios del hotel. Y todavía menos cabe poner a cargo de los propietarios de la piscina, cuando cumplan las normas administrativas y adopten las precauciones usuales, las consecuencias de la conducta de un grupo de menores, sujetos a la patria potestad, debida a la embriaguez aguda por al ingestión de bebidas alcohólicas, pues en tales condiciones el uso de la piscina habría sido tan anómalo que escaparía del control de la empresa prestadora del servicio para caer bajo el control del propio usuario, de manera que los daños son imputables a la culpa exclusiva de la víctima. (**STS de 23 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La acción de responsabilidad es planteada por los padres del menor de dieciséis años contra la empresa explotadora de un hotel en Mallorca, a consecuencia de los graves daños sufridos por el menor cuando, en horas de la madrugada, estando cerrada la piscina, y sin ser cliente de dicho hotel, accedió sin autorización y de forma subrepticia en compañía de un grupo de amigos y en profundo estado de embriaguez a dicha instalación, practicando diversos juegos de los que resultó el accidente que, a la postre, le

provocó una grave lesión medular. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por los actores. (*C. O. M.*)

51. Responsabilidad civil extracontractual. Accidente ferroviario. Responsabilidad por culpa. Imputación causal del resultado dañoso a la conducta del agente.—La aplicabilidad de la teoría del riesgo a los accidentes derivados del funcionamiento del ferrocarril no implica una conclusión de responsabilidad puramente objetiva, o por el resultado, con exigencia exclusiva del factor de la causalidad física o material, cuya hipótesis sólo es posible en nuestro ordenamiento jurídico en los contados casos en que hay un precepto legal que expresamente lo establezca. Es preciso, además de la causalidad física, que en un juicio de causalidad jurídico, conforme a las reglas del buen sentido, se pueda atribuir el resultado a la entidad titular del servicio generador del riesgo. Para esto se requiere que de algún modo conste qué es lo que se omitió que, no omitido, habría evitado el accidente lesivo, o, incluso, que, generado un riesgo, no se dé una explicación razonable del porqué del resultado dañoso; quedando excluida la responsabilidad cuando la causa exclusiva del accidente obedeció a fuerza mayor o a la conducta de un tercero ajeno o del propio perjudicado, porque entonces el riesgo abstracto del transporte ferroviario queda absorbido, y anulado, por el riesgo concreto y culpable creado por la conducta del accidentado. (**STS de 28 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Cuando se disponía a tomar el metro, don J. M. vio desde el pasillo por el que transitaba, situado en posición perpendicular al andén, que se encontraba el tren de la línea que pretendía tomar, por lo que corrió aceleradamente hasta el vagón, cerrándose e iniciando la marcha el tren en el momento de la llegada de don J.M., sin que éste pudiera frenar su carrera, cayendo en el espacio entre el primer y segundo vagón y siendo arrastrado por la maquinaria hasta que por los responsables del servicio se cortó la corriente eléctrica. A resultas de las heridas, don J.M. sufrió heridas de consideración, que le dejaron secuelas irreversibles, por las que demandó a la compañía explotadora del servicio así como al conductor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación y condenó a los demandados al pago de doce millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación por ambas partes litigantes, el Tribunal Supremo desestimó el del actor y dio lugar al de los demandados. (*L. A. P. M.*)

52. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: lesiones graves por descarga eléctrica con secuelas: empresa subcontratada: responsabilidad por riesgo: inexistencia de compensación de culpas.—La jurisprudencia más reciente de esta Sala (SSTS de 14 de diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006), para apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, parte del principio de responsabilidad subjetiva, con base en los artículos 1902 ss. CC, pero admite casos en los que debe acen-

tuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo. La realización de actividades de riesgo obliga al empresario que las desencadena y se beneficia de ellas a extremar las medidas de diligencia para evitar el daño. El deber de especial cuidado por parte de la empresa se manifiesta especialmente en los trabajos en instalaciones eléctricas o en las proximidades de líneas de alta tensión, dado el alto peligro de electrocución que tales trabajos comportan (SSTS de 30 de junio de 1997, 7 de diciembre de 1998, 18 de diciembre de 2000, 2 de enero de 2007). En el presente caso la compañía eléctrica había subcontratado los trabajos en un transformador, y sin advertir a los trabajadores de la empresa subcontratada reanuda el suministro de energía en el lugar de trabajo; tal conducta representa un papel primordial en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que relega a un papel secundario la omisión de la víctima – que confiaba en haberla interrumpido en los trabajos preparatorios del día anterior –, de falta de comprobación de la existencia de tensión, haciendo improcedente la compensación de culpas.

Valoración de secuelas en la cuantía indemnizatoria.—Las secuelas corporales deben ser valoradas desde distintas perspectivas, por cuanto pueden afectar al patrimonio orgánico, al psicológico, al estético, a la expectativa de vida y a la capacidad de disfrute, de comunicación y de autodeterminación de la persona. La ausencia de distinción de estos aspectos comporta una falta de vertebración de la indemnización contraria al principio de especialidad de la reparación, que es consecuencia de los principios *restitutio in integrum* y *compensatio lucri cum damno*, los cuales integran el nervio del Derecho de daños. En virtud del principio dispositivo no puede reprocharse a la sentencia recurrida no haber distinguido aquellos aspectos que el recurrente no distinguió en su *petitum*, al haberse limitado a solicitar indemnización, de modo global, por las secuelas que padece. Efectuando una valoración conjunta de las secuelas no se advierte que se infrinjan las reglas de la responsabilidad civil que se citan.

Incongruencia.—No se aprecia incongruencia en la sentencia recurrida por el hecho de no haber resuelto de forma expresa sobre los daños morales que pueden afectar a los hijos de la víctima al haberse realizado en conjunto la petición sobre los daños morales (*daños morales causados a los familiares y al lesionado*), sin que el recurso aluda a la motivación de la sentencia. (STS de 11 de junio de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 17 de mayo de 1994 dos empleados de la empresa MATESUR inician trabajos de reparación en un transformador propiedad de SISESA, comprobando que la corriente estaba cortada, interrumpiéndolos para continuarlos al día siguiente. Empleados de la última empresa restablecen la conexión eléctrica, sin comunicárselo a aquellos empleados, quienes reanudan sus trabajos limitándose a un examen visual pues confiaban en la comprobación minuciosa, por ellos mismos, el día anterior. Al penetrar en una de las subestaciones,

uno de los operarios de MATESUR recibe una descarga eléctrica que le causa graves lesiones con importantes secuelas (incapacidad del 67%). Dado de alta demanda a SISESA que había subcontratado los trabajos de mantenimiento con MATESUR. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda, reduciendo notablemente la indemnización solicitada por estimar la concurrencia de culpas (40% de la víctima). El Tribunal Supremo considera irrelevante el descuido de la víctima al no comprobar concienzudamente la ausencia de corriente, y eleva la cuantía de la indemnización.

NOTA.—Sentencia de aprobar en cuanto al fondo, si bien la base de la acción ejercitada es fundamentalmente la ausencia de medidas de seguridad, argumentación que conduciría a establecer la competencia de la jurisdicción social según sentencia del Pleno de la Sala 1.ª, de 4 de junio de 2008 (en este fasc. del ADC). (G. G. C.)

53. Responsabilidad del promotor: delimitación del deber de diligencia.—A juicio de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo el deber de diligencia que tiene el promotor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1903 CC, no consiste únicamente en elegir a técnicos habilitados oficialmente. Afirmar lo contrario equivaldría a exonerar de responsabilidad al promotor siempre que contrate a técnicos con título oficial.

Nuestro Alto Tribunal mantiene que cuando un promotor encarga a un constructor la ejecución del proyecto y los técnicos facultativos están bajo la dependencia económica y laboral del promotor, éste puede y debe intervenir en el proceso de construcción para evitar el evento dañoso, incurriendo en responsabilidad tanto por culpa *in eligendo* como por culpa *in vigilando* si no lo hace. (STS de 11 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C. interpone una demanda contra la empresa R. (promotora de las obras de un edificio), don P. (arquitecto de las obras) y don E. (constructor de las obras), solicitando se condene a los demandados, entre otras cosas, a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de reparación y rehabilitación de la finca propiedad del demandante por los daños causados en ésta por los demandados al ejecutar las obras en el solar colindante para construir una urbanización.

Entre los daños que señala el demandante cabe destacar la aparición de grietas en las paredes y en los techos y ante el riesgo de desalojo del inmueble se presentó una demanda interdictal de obra nueva, que fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación.

Alega el demandante que tuvo que desalojar el inmueble y residir en otro lugar y que por este motivo también reclama el reembolso de los gastos derivados del arrendamiento de una nueva residencia.

Asimismo solicita se condene a pagar a los demandados una indemnización por los daños morales que ha sufrido la familia del demandante como consecuencia de la situación de precariedad y sufrimiento que han padecido.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

54. Responsabilidad civil extracontractual. Indemnización del daño. Principio de «indemnización única». Exige deducir, de las cantidades fijadas como indemnización, los importes ya percibidos en tal concepto. Criterio jurisprudencial.—La jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme sobre la cuestión. La mayoría de las sentencias han optado por declarar la independencia entre las indemnizaciones satisfechas por accidente de trabajo, sin considerar las sumas recibidas con cargo a la Seguridad Social en virtud del artículo 123 TRLGSS (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 20 de noviembre de 1998, 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001); apelando para ello a la existencia de dos causas de pedir, justificada en que la responsabilidad de índole contractual nace de una fuente de las obligaciones distinta de las relativas a la Seguridad Social (STS de 29 de abril de 2004). Sin embargo, otras sentencias se posicionan con una cierta revisión de la doctrina jurisprudencial expuesta, estimando correcto computar lo ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados, con base en la necesidad de un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño (SSTS de 21 de julio de 2000 y de 31 de diciembre de 2003). Aunque algunas sentencias posteriores persisten en el criterio de la absoluta independencia de las indemnizaciones (SSTS de 29 de abril de 2004 y de 9 de noviembre de 2005). La regla general es la de que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño, son independientes y, por tanto, no se computarán en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño ocasionado. Sin embargo, esta regla, que es consecuencia del principio que veda el enriquecimiento injusto, no es aplicable cuando se trata de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia con las prestaciones que, por seguros sociales, ya ha percibido la víctima del accidente, pues, en definitiva, provienen de la misma fuente. (**STS de 24 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La víctima y sus descendientes demandaron a don C.F., jefe de obras, y a I.S.C., empresa encargada de la redacción del proyecto, así como a M.I.M., S.L., empresa ejecutante de los trabajos, a A., S.A., dueña de la misma, y a don P.F., gerente de esta última. El motivo eran las gravísimas lesiones sufridas por el actor a consecuencia de la caída, desde considerable altura, mientras realizaba trabajos para aquéllas sin que existiera ni se hubiera previsto ningún tipo de medida de seguridad. El Juzgado acogió parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago de diversas sumas. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Álava la confirmó sustancialmente, a excepción de lo referente a don P.F., a quien absolvió. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por don C.F. e I.S.C. (*C. O. M.*)

55. Responsabilidad extracontractual. *Dies a quo*.—La determinación de una situación de invalidez permanente es considerada como *dies a quo* del cómputo del plazo para exigir responsabilidad extracontractual. 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 (STS de 3 de diciembre de 2007). (STS de 22 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 1 de septiembre de 1994, don Constantino sufrió un atropello con una máquina de paletización de mercancías en el almacén de H.A.S., S. A., accidente que le produjo unas lesiones. Constantino presentó demanda contra H.A.S., SA y contra la aseguradora V.E., SA en reclamación de 25.500.000 pesetas de indemnización más intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, con desestimación de la excepción de prescripción de la acción, al entender que el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción no lo constituía el alta médica, sino la declaración de invalidez permanente absoluta, como reflejo del alcance real de las secuelas. Condenó a ambas partes demandadas al pago solidario de la indemnización. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo en la sentencia anotada cuando el demandante fue dado de alta, no presentaba desde el punto de vista jurídico todos los perjuicios susceptibles de valoración económica, puesto que faltaba la determinación de una secuela importante que guardaba relación directa de causalidad con el accidente, cual era la declaración de invalidez.

Constituye una constante en las declaraciones del Tribunal Supremo la doctrina relativa a que «*en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido*», *vid.*, entre otras, (SSTS de 30 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7416], 24 de junio de 1993 [RJ 1993, 5381], 26 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3750], 3 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6508], 20 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8593], 22 de julio de 2003 [RJ 2003, 5851]). (M. C. L. J.)

56. Responsabilidad civil. Responsabilidad del centro educativo por las lesiones sufridas por el menor. La falta de peligrosidad de la actividad desarrollada y la acreditación de haberse adoptado las medidas organizativas adecuadas a dicha actividad, eximen de responsabilidad por el daño sufrido.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, el elemento decisivo para apreciar la responsabilidad del centro es el peligro que entraña la actividad de los menores al suceder los hechos, que puede derivar o no de los instrumentos utilizados por los niños, pues éstos pueden servir de objetos capaces de causar daño (tenedor o bolígrafo), sin que por ello el centro venga obligado a disponer la presencia de un

educador junto a cada niño para evitar un uso inapropiado (SSTS de 21 de noviembre de 1990 y 10 de marzo de 1997); pero también pueden dedicarse a una actividad peligrosa sin servirse de instrumento alguno (golpearse con los puños o los pies). De ahí que la prueba de la diligencia a que se refiere el párrafo último del artículo 1903 CC. tiene que versar sobre las medidas de organización que deben adoptar en función de la actividad de los alumnos, esto es, en función del mayor o menor riesgo que tal actividad entrañe. Así, tratándose de un rastrillo de juguete hecho de plástico, y estando presente varias educadoras, no se ve qué medida organizativa se omitió que hubiera impedido al niño golpear el tobogán con el rastrillo, hecho determinante de la lesión porque al rebotar le golpeó en el ojo. Otra interpretación del artículo 1903 CC, comportaría que los niños no pudieran disfrutar en los centros docentes de ningún tipo de esparcimiento durante el cual cupiera que por una simple travesura inesperada, y no asociada necesariamente al tipo de actividad o diversión, se produjera un resultado dañoso. (STS de 10 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los padres del menor M. demandaron al jardín de infancia y a su aseguradora, así como a la cuidadora presente en el momento del accidente, pidiendo la indemnización de las lesiones oculares sufridas por el niño, al dañarse con un rastrillo de plástico cuando golpeaba un tobogán, mientras jugaba en el patio del centro educativo. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la cuidadora y condenó al centro y a su aseguradora. La Audiencia Provincial de Murcia, estimó el recurso de apelación de los condenados y absolvió a las mismas de responsabilidad. Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (L. A. G. D.)

57. Inmisiones. Responsabilidad civil. Daños sufridos en los inmueble y fincas vecinas por las emanaciones de flúor procedentes de una fábrica situada en el mismo lugar.—En materia de emanaciones de humos u otras sustancias nocivas, tiene declarado la jurisprudencia que el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares. Antes, por el contrario, el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos (STS de 12 de diciembre de 1980). Sin que, al demandar, se incurra en abuso del derecho pues es impensable este exceso en cuestiones de medio ambiente, en que la sociedad, en abstracto, y el ciudadano, en concreto, tienen derecho constitucional a su protección (STS de 14 de marzo de 2005). (STS de 12 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los actores demandaron a las mercantiles A.E., S.A. y A.E.S.A., reclamando los daños sufridos en sus fincas como consecuencia de las emanaciones de flúor procedentes de la fábrica propiedad de las actoras, cuyas instalaciones se encontraban

en el mismo lugar que los inmuebles afectados. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Lugo acogieron la demanda, si bien la segunda adaptó la condena a las cuantías efectivamente pedidas en el suplico. Interpuesto recurso de casación por las demandadas, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo a los solos efectos de corregir una de las condenas, reduciendo el importe de la misma; pero manteniendo en todo lo demás el fallo recurrido. (L. A. G. D.)

58. Culpa médica: responsabilidad del médico de urgencias que atiende a toxicómano, trata y envía a Hospital: responsabilidad del Médico del Hospital que prosigue el tratamiento y remite el enfermo a vigilancia domiciliaria: fallecimiento a las dos horas de regresar a casa por trombosis pulmonar: responsabilidad del INSALUD: doctrina general sobre la prueba.—La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante el soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o la arbitrariedad en la valoración de la prueba, bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación, que sólo es apta para enjuiciar infracciones del Ordenamiento jurídico. Este conjunto de reglas no sólo impide tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, sino también intentar el mismo efecto mediante un salto lógico, invocando la infracción de un precepto legal sustantivo cuya aplicación sólo sería procedente si se alterasen los datos fácticos sentados por el juzgador de instancia, pues sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria mediante el paralogismo consistente en hacer supuesto de la cuestión, incompatible con el modo de discusión racional al que se ajusta el proceso judicial. La jurisprudencia tiene, además, reiteradamente declarado que, so capa de la infracción sobre la prueba de presunciones del Código Civil, aplicable a este proceso por razones temporales, no puede combatirse la valoración de la prueba efectuada directamente por el tribunal de instancia sobre los medios probatorios obrantes en los autos aplicando criterios de apreciación, reglas lógicas y máximas de experiencia.

Ausencia de nexo causal.—En relación con la falta de nexo causal entre la intervención de los facultativos demandados y la muerte del enfermo, y la falta de prueba de negligencia en la conducta de ambos médicos, el de Urgencias y el del Hospital, la sentencia recurrida se funda básicamente en las conclusiones que se derivan del informe médico-forense, en el que se afirma que los médicos intervinientes actuaron conforme a la *lex artis*, y en la principal hipótesis que se considera en el informe de autopsia sobre la causa de la muerte. La argumentación de la parte recurrente es insuficiente para demostrar la falta de razón de esta valoración probatoria, pues se funda en apreciaciones concretas de los peritos sobre la necesidad de pruebas del grado de intoxicación, sobre la idoneidad de unos u otros medicamentos y sobre posibles defectos en la asistencia médica suministrada, los cuales son sometidos a contraste explícita o implícitamente por la Sala, aceptando las argumentaciones del Juzgado, para llegar a la conclusión de que carecen de trascendencia, consideradas todas las circunstancias y las conclusiones de

los peritos médicos, en relación con el resultado de muerte padecido por un paciente en situación de riesgo por la ingestión habitual de sustancias tóxicas, que recibió una asistencia adecuada tanto en Urgencias como en el Hospital.

Fundamento de la responsabilidad médica: doctrina general.—En general, la obligación del médico y del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* (últimamente STS de 24 de marzo de 2005). En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en este momento; sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar sus responsabilidades (STS de 15 de febrero de 2006). En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la nueva Ley de Enjuiciamiento 2000, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujección a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (últimamente STS de 24 de noviembre de 2005); especialmente en los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria, se modula la valoración del elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado; en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional (SSTS de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007).

No son aceptables las argumentaciones del recurso encaminadas a defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica, o a sostener que los médicos intervinientes estaban obligados a demostrar que el fallecimiento no fue debido a su negligencia, cuando la sentencia proclama que el paciente, como adicto al consumo de drogas tóxicas, se hallaba en una situación especial de riesgo de fallecimiento por trombosis y que la asistencia prestada fue conforme a la *lex artis*. La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa; la imputación objetiva no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir unos eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racio-

nalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* del razonamiento práctico (SSTS de 14 y 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007). La sentencia recurrida no infringe esta doctrina cuando concluye la falta de nexo causal entre la omisión de una prolongación de la hospitalización que podía aconsejar la prudencia, pero cuya falta de relevancia resultaba de que, según la apreciación del perito, de haberse observado la hospitalización y mantenido el estado de vigilia del paciente podría haberse producido de igual forma una parada cardio-respiratoria y, como consecuencia, la defunción. (STS de 10 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Desgraciado accidente, con decisiva intervención causal del hecho de la adición a las drogas en el enfermo, y que procesalmente tarda casi veinte años en resolverse definitivamente (ocurre en 1990). (G. G. C.)

59. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad médica y de los servicios de salud. Responsabilidad vicaria ex artículo 1903 CC y responsabilidad directa de la Administración por defectuosa organización y prestación del servicio, sólo a ella imputable.—El defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artículo 1.903 CC, fundada en el principio culpabilístico inherente al vicio *in eligendo* o *in vigilando* respecto de las personas por las que se debe responder (SSTS de 16 de mayo de 2000 y 22 de mayo de 2007). Esta responsabilidad extracontractual del facultativo y de la Administración sanitaria a la que pertenecen derivan de la prestación del servicio público sanitario y descansan en deficiencias de la atención médica. Pero, igualmente, la responsabilidad de la Administración puede integrar un caso de responsabilidad directa, en la medida en que cabe ser exigida por hechos que sean directamente imputables a la organización o al desarrollo de la actividad, en base al artículo 1902 CC. De este modo, junto con la responsabilidad «vicaria» del artículo 1903 CC. se sitúa la directa del establecimiento y la patrimonial de la Administración sanitaria cuando la prestación del servicio es irregular por omisión o incumplimiento de los deberes de organización, vigilancia o control que le son directamente imputables.

Responsabilidad de la Administración sanitaria por ausencia de diagnóstico adecuado. Exclusión de la responsabilidad del profesional médico cuando su actuación se ajusta a las reglas de la *lex artis*.—En el caso en cuestión, la responsabilidad directa de la Administración deriva de la falta de diagnóstico correcto de la hernia que padecía la demandante, y que influyó decisivamente en el empeoramiento de su salud tras el parto, situándose en el origen de la cadena causal que desembocó en la histerectomía. Diagnóstico que no le fue practicado pese a las veces que estuvo observada y sometida a pruebas durante el embarazo, y que era previsible y posible realizar de acuerdo con el estado de la técnica y los medios con que se contaba. Por el contrario, la actuación del doctor que practicó la histerectomía se ajustó en todo momento a las reglas de la ciencia y técnica médicas, siendo de todo punto correcta su decisión y actuación. Siendo así que si la misma no

resolvió el problema, ello se debió a que no le había sido oportuna y convenientemente diagnosticada por los servicios del centro hospitalario la hernia diafragmática padecida; de lo cual el demandado no tenía noticia, ni le correspondía a él realizar dicho diagnóstico. (STS de 20 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La actora demandó al Insalud y al Dr. J., para que se les declarara responsables, por mala praxis profesional, de los daños sufridos por aquélla a consecuencia del padecimiento de una hernia diafragmática congénita no detectada y que le había causado diversos trastornos durante el embarazo, para desembocar después del parto en la realización de una histerectomía total con anexectomía izquierda, a cargo del doctor demandado. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda y les condenó solidariamente. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó el recurso de apelación interpuesto por el Dr. J., y le absolvió de la condena, manteniéndola a cargo del Insalud. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos de casación planteados tanto por la actora como por la Administración condenada. (L. A. G. D.)

60. Culpa médica: extirpación de tumor vesical, con secuelas: deber de obtener consentimiento informado: doctrina general.—La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (SSTS de 21 de diciembre de 2005, 26 junio, 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2006). La información que debe darse al paciente para obtener su consentimiento incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trata de actos médicos curativos o satisfactivos. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 y 30 de abril de 2007). El artículo 10.1 de la Ley de 2005 de información sanitaria y autonomía del paciente (LAP) incluye dentro de la información básica las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contradicciones; a su vez, el artículo 2.3 LAP establece como principio básico el derecho del paciente o usuario de recibir la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles. Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halla bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser demostrados por él, y que integran una de sus obligaciones fundamentales (SSTS de 25 de abril de 1995, 16 de octubre, 10 de noviembre, y 8 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000, 12 de enero de 2001 y 26 de junio de 2006).

Alcance de la información sobre alternativas: incidencias durante la intervención.—En el presente caso debe considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida según la cual se ha probado que se informó

al paciente de la posibilidad de sufrir eyaculación retrógrada, y que dicha información le había sido suministrada de manera circunstanciada con anterioridad a la intervención, aunque no por escrito, y que el paciente dio su consentimiento. Esta conclusión aparece fundada en un detallado análisis y valoración de las declaraciones del cirujano, del ayudante y del anestesista y de las informaciones suministradas por el perito psiquiatra que lo atendió, las cuales aparecen examinadas con razonable detenimiento y en contraste con los demás elementos probatorios. El recurrente afirma que no se le informó de las alternativas del tratamiento, haciendo referencia a la posibilidad de la práctica de la dilatación de la vejiga en lugar de la intervención practicada. Sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la técnica seguida (trigonocervicotomía), según se desprende de los informes periciales, fue precisa para alcanzar un tratamiento endoscópico lo más perfecto posible de la tumoración vesical; además, fue necesario decidirlo durante la intervención al advertir la estenosis del cuello de la vejiga; era la técnica de referencia; y la alternativa propuesta por el actor de dilatación prostática era una técnica con muy escasos buenos resultados. No se advierte que procediera la información al paciente de un tratamiento alternativo respecto al cual el cirujano se vio obligado a decidir en el momento mismo de la intervención y que, por otra parte, no era el indicado, pues el requisito de la completitud de la información exigido por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias.

Forma escrita *ad probationem*.—El consentimiento informado, por su propia naturaleza, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita de la LGS tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente. La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que la exigencia de constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *valor ad probationem* (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre de 1998, 2 de noviembre de 2000 y 2 de julio de 2002), y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS de 2 de noviembre de 2000, 10 de febrero de 2004 y 29 de septiembre de 2005), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP. La falta de forma escrita no determina por sí la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene el artículo 10. 5 y 6 LGS, vigente en el momento de los hechos. Esta jurisprudencia es acorde con la seguida por la Sala 3.^a del Tribunal Superior (SSTS de 4 de abril y 3 de octubre de 2000), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, en sentencia de 4 de abril de 1995. En el presente caso, las circunstancias concurrentes no permiten conceder relevancia alguna al hecho de que el consentimiento informado fuera prestado en forma no escrita dado que el paciente era, además, miembro del personal del Hospital y la intervención era necesaria desde el punto de vista de la salud del enfermo. (STS de 29 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

61. Culpa médica: daños sufridos por caída debida a rotura del mecanismo elevador de ambas piernas de la cama en que convalecía: cuantía de la indemnización por secuelas y daño moral.—La Audiencia

Provincial declara probados, y ni tan siquiera se discuten por el recurrente, tanto la realidad del menoscabo físico sufrido, como la existencia del nexo de causalidad entre el daño y la caída producida por la rotura de un fleje elevador de la cama, y entre esta rotura y el comportamiento imprudente del centro hospitalario, consistente en haber desatendido el cuidado de sus materiales e instalaciones, sin asegurar su correcto estado de funcionamiento –pese a que debía ser conocedor de su antigüedad y del constante uso que se hacía de dicha instalación–, valorando a efectos de ponderar la cuantía de la indemnización, la probada incidencia que tuvo en la entidad del daño la existencia de previos padecimientos físicos del actor, que la sentencia de apelación, apoyándose en el peritaje médico judicial, concreta en un proceso previo de cervicocervicosis moderada.

Inaplicación de baremos tasados.—La STS de 2 de marzo de 2006 –que cita las SSTS de 20 de junio de 2003 y 22 de julio de 2004– ha señalado que los baremos contemplados por la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 noviembre, han sido configurados para un específico sector de responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado, a saber el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor, sector en el que la STC de 29 de junio de 2000 ha declarado únicamente vinculante. Sin embargo, en otros ámbitos el baremo, sin ser vinculante, puede ser uno de los criterios de referencia para los tribunales de instancia (STS de 20 de febrero de 2008). Ahora bien, al carecer de valor vinculante, el hecho de que en el caso de autos el Juzgado lo tomara en consideración, no obligaba a la Audiencia a hacer lo propio, pudiendo ésta apartarse totalmente de ese criterio, o, como finalmente, hizo, tenerlo en cuenta sin perjuicio de moderar equitativamente la cuantía de la indemnización conforme al artículo 1103 CC, facultad que la propia norma contempla en los casos en que el baremo es vinculante y que, con mayor razón, no puede negarse cuando la aplicación del sistema es meramente orientativo, una vez acreditado que al resultado contribuyó otra causa además de la imputable a la conducta negligente de la clínica.

Moderación ex artículo 1103 CC: doctrina general.—Constante jurisprudencia entiende que basta atender a la redacción del artículo 1103 CC para comprender que la moderación se configura como una facultad atribuida al Tribunal y que, por tanto, no constituyendo un mandato para el juzgador, el uso de dicha facultad no sería revisable en casación (STS de 15 de diciembre de 1999); doctrina que debe ponerse en relación con la que dispone que cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompararse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad (SSTS de 7 octubre 1988 y 5 de octubre de 2006), de manera que, si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* (SSTS de 1 febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo tal moderación facultad discrecional del juzgador dependiente de las circunstancias del caso, no revisable en casación a no ser que el juzgador de instancia haya hecho uso de tal facultad de modo irracional y desmesurado (SSTS de 31 de diciembre de 1996, 5 de diciembre de 2000, 6 de noviembre de 2002 y 6 de febrero de 2008), para lo cual ha de atenderse al *factum* establecido como probado y que éste ponga de manifiesto la desproporción de responsabilidades que se postula (STS de 5 de julio de 1993).

Concausas concurrentes.—Está probado que el recurrente padecía un proceso de cervicocervicosis moderado del que deriva un proceso degenerativo, y la Audiencia eleva tales padecimientos físicos –previos al accidente– a

la categoría de concausa antecedente del resultado dañoso –sin que sea obstáculo que el peritaje no pudiera graduar la incidencia de cada causa en el hecho dañoso –, de manera que, siendo sin duda la caída la causa eficiente que completa la acción de la causa última, fue el proceso degenerativo, exponente del cual era la intervención quirúrgica, lo que hizo que el daño fuera mucho mayor del que de ordinario cabe esperar teniendo en cuenta la *dimensión de la caída*, justificando de esta forma la reducción de la indemnización de casi 55 millones fijados por el Juzgado de Primera Instancia, a los 25 millones fijados por la Audiencia Provincial. (STS de 17 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta].

HECHOS.–Falta en los antecedentes de hecho una referencia más concreta a la descripción de los daños causados al paciente al caerse de la cama en la que se recuperaba, así como de la identificación de la enfermedad que originó la intervención causante de la hospitalización. Lo único que conocemos con precisión es que, antes de ocurrir los hechos aquí tratados, sufría de un proceso cérico-artrosis moderado, que ha sido tomado muy en consideración para rebajar la cuantía indemnizatoria. El actor reclama casi cien millones de pesetas de indemnización, suma rebajada a poco más de la mitad por el Juzgado de Primera Instancia y a la cuarta parte por la Audiencia Provincial, cuantía que confirma con amplia argumentación el Tribunal Supremo. Queda un tanto en la penumbra esa dimensión de la caída a que alude el FD 3.º. (G. G. C.)

62. Responsabilidad civil del Registrador: omisión en certificación de cargas de condición resolutoria: criterio de imputación objetiva.–La determinación del nexos causal entre el acto causante del daño y la actividad del agente a quien se imputa la responsabilidad civil constituye una cuestión de hecho, salvo en el terreno de la llamada imputación objetiva. Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del Ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes; este juicio de imputación se integra en la *quaestio iuris* y es susceptible de ser revisado en casación (SSTS de 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, y 17 de abril de 2007); de esta jurisprudencia se desprende que la valoración del nexos causal por parte del tribunal de instancia puede ser impugnada en casación tanto cuando no se ajusta al canon de racionalidad lógica exigible, como cuando se infringen las reglas sobre imputación objetiva que pueden extraerse del Ordenamiento jurídico con arreglo a la interpretación jurisprudencial.

Significado jurídico de la certificación de cargas.–La importancia que en la regulación procesal se atribuye a la certificación de cargas emitida por el Registrador de la Propiedad, y la trascendencia que este documento tiene desde el punto de vista de la seguridad jurídica procesal y material de los

intervinientes en el proceso de ejecución, junto con la destacada solvencia que deriva del reconocimiento al Registrador de una función de certificación –en calidad de funcionario público y de profesional especialmente cualificado–, no permite hacer recaer sobre la parte que actúa conforme al contenido de la certificación de cargas las consecuencias de haberse omitido un dato registral relevante que debía constar en ella, pues no puede imponerse al interesado en la adjudicación de la finca la necesidad de consultar directamente la inscripción acerca de cuyo contenido da fe la expresada certificación, para comprobar si existe en ella algún error u omisión, ni considerar que el principio de prioridad registral, en relación con el de publicidad, exime al Registrador de la responsabilidad de las consecuencias derivadas de la omisión de hacer constar todas las cargas.

Imputación objetiva del Registrador: el artículo 286 LH.–El principio de publicidad registral, frente a la especificidad de la certificación como instrumento gnoseológico y de garantía, no permite mantener que sobre el interesado pesa una presunción de conocimiento de las cargas que, aun cuando consten en el Registro, no se expresen en aquélla, pues ello equivaldría a suplir mediante la genérica obligación de diligencia del usuario –fundada en su propio interés y apoyada en su condición de ciudadano– el incumplimiento del específico deber del encargado del Registro –fundado en el superior interés público de garantía y seguridad jurídica y apoyado en su cualificada condición de funcionario público–. Este criterio de imputación, acorde con los principios del sistema registral, es corroborado por el artículo 296-5.º LH según el cual 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, entre otros supuestos específicos, por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta ley, pues este precepto carecería de sentido si la imputación al Registrador de los daños originados por los errores u omisiones en las certificaciones estuviera condicionada a la comprobación de su exactitud por los interesados mediante la consulta al Registro; la STS de 18 de mayo de 2006 toma en consideración la pérdida o debilitamiento de las garantías, interpretada en función de la eficacia del sistema registral, como criterio de imputación suficiente para entender establecido el nexo de causalidad entre la negligencia del Registrador y el daño producido; la función de la certificación del Registrador constituye un elemento integrante del sistema desde el punto de vista de su eficacia.

Daño emergente: incongruencia: costos de transacción: cuantía: intereses.–Se advierte en la sentencia una incongruencia pues, a pesar de formularse un razonamiento en el que se admite la existencia de una reclamación por el daño emergente derivado de los costos de la transacción para recuperar el dominio de la finca por la parte recurrente, se omite toda motivación acerca de la suma abonada en la misma como posible importe del perjuicio padecido, en contraste con la detallada argumentación que se expone para rechazarlos, en relación con el lucro cesante y con los demás conceptos de daño emergente alegados por la parte. El importe del daño emergente debe fijarse en veinte millones de pesetas, equivalente a la cantidad satisfecha en la transacción llevada a cabo para recuperar el dominio de la finca perdido por la sociedad demandante, como adjudicataria en subasta pública, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria omitida por el Registrador de la Propiedad demandado en la certificación de car-

gas; dicha suma devengará los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, conforme al artículo 1108 CC, pues así lo exige el carácter líquido de la suma reconocida, y de acuerdo con la más moderna jurisprudencia, por aparecer razonable desde el primer momento la suma concedida, sin que se consignara cantidad alguna por la parte demandada. Se devengarán los intereses procesales desde la fecha de esta sentencia, con arreglo al artículo 921 LEC 1881, dado que en ella se establece por vez primera la condena al pago de la expresada cantidad.

Lucro cesante.—En relación con el lucro cesante la jurisprudencia impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo de aquél (STS de 31 de octubre de 2007). En este punto la sentencia recurrida afirma que no se ha probado la existencia de lucro cesante, pues al tiempo de presentar la demanda (8 de marzo de 1999) habían transcurrido cinco años desde que la sociedad demandada había adquirido la seguridad sobre el dominio de la finca, habiendo tenido tiempo suficiente para haber practicado pruebas, entre ellas periciales, destinadas a acreditar la pérdida de rendimiento de una explotación de aguas minero-medicinales de las características de que se pretende instalar durante el tiempo transcurrido desde el año 1990 hasta el 1994. Y tal conclusión es razonable pues resulta evidente que la falta de inicio de actividad en el momento de la presentación de la demanda no impedía a la parte demandante presentar datos jurídicos, económicos y de gestión suficientes para llevar a la convicción del tribunal el hecho de que la falta de tiempo no obedecía a circunstancias derivadas de dificultades de rentabilidad o de otra naturaleza no imputables a la no-disponibilidad sobre la finca; ni ofrecer una prueba objetiva sobre la viabilidad y el rendimiento económicamente esperable de la actividad industrial con determinación del momento en que, de haberse dispuesto del inmueble sin las dilaciones padecidas, se hubiera efectivamente iniciado. (STS de 21 de abril de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—*Rote, S.A.* resulta adjudicataria de la venta en subasta judicial en 1989, adquiriendo una finca rústica con una explotación de aguas minero-medicinales. Con ese motivo el Registrador de la Propiedad expide una certificación de cargas en la que omite la existencia de una cláusula resolutoria cuyo ejercicio impide que *Rote, S.A.* se convierta en propietario, obligándole a una posterior transacción para garantizar su dominio. En el presente caso ejercita la acción para exigir responsabilidad civil del artículo 296-5.º, LH. El Juzgado de Primera Instancia absuelve al Registrador, estimando la prescripción de la acción ejercitada. Pero la Audiencia Provincial desestima esta excepción aunque, entrando en el fondo, confirma la absolución del Registrador. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, condenando al Registrador mediante un minucioso y convincente análisis de la función que desempeña la certificación de cargas en la totalidad de nuestro sistema registral. La reciente STS de 23 de enero de 2008, en un caso diferente, absuelve al Registrador por cancelar la inscripción de la venta efectuada por quien ya había otorgado a favor de tercero una opción de venta ejercitada previamente a aquélla. (*G. G. C.*)

63. Responsabilidad extracontractual: accidente de circulación. Baremo aplicable para valorar los daños sufridos. Diversidad de posiciones de las Audiencias en la interpretación del sistema de valoración de los daños personales. Fijación de una posición por el Tribunal Supremo.

La determinación del baremo que debe ser aplicado para cuantificar los daños ocasionados por accidentes de circulación encontró soluciones dispares en la doctrina menor. La aparente contradicción entre los apartados 3 y 10 del párrafo primero del Anexo de la LRCSCVM dio lugar a que las Audiencias, al interpretar cómo debían valorarse los daños personales, mantuvieran fundamentalmente las dos siguientes posturas:

1.^a Favorable a valorar los daños en atención al momento en que se produjo el daño, según las cuantías resultantes del baremo vigente en la fecha en que acaeció el siniestro. Esta interpretación, coherente con la regla general vigente en materia de daños que apunta a que la obligación de indemnizar nace cuando se llevó a cabo la conducta que hace a su autor responsable –artículo 1089 CC–, se apoya tanto en el principio de seguridad jurídica, por la posibilidad de conocer con anterioridad al inicio del pleito cuales son las cantidades exactas que se reclaman y la necesidad de que las víctimas sean tratadas por igual con independencia de la suerte que puede correr el pleito y las eventuales dilaciones injustificadas en el dictado de la sentencia, como en el principio de irretroactividad de las normas establecido en los artículos 9.3 CE y 2.3 CC, que impide aplicar un sistema posterior, sin que tampoco este criterio cause perjuicio alguno a las víctimas pues los retrasos se compensan con el sistema de intereses moratorios al amparo del artículo 20 LCS, los cuales posibilitarían compensar al perjudicado por la pérdida de poder adquisitivo, conciliándose perfectamente con el carácter de deuda de valor que se atribuye a estas. Este criterio supone que la norma jurídica aplicable en el momento de producción del daño habría de determinar tanto el sistema de valoración de los daños (y por ende los puntos por lesiones permanentes o secuelas), como la regla aplicable para fijar su valoración, (es decir, el valor concreto del punto) solución que presenta claros inconvenientes cuando se trata de resarcir los daños que tardan mucho en curar o que no se manifestaron desde el primer momento.

2.^a Favorable a entender que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia, justificada en la jurisprudencia que califica la indemnización de los daños personales como deuda de valor, para evitar que la víctima sufriera los efectos negativos de la inflación y paralelamente se beneficiara injustificadamente al responsable de aquellos. Sin embargo, esta opción presenta varios inconvenientes, como la inseguridad jurídica que deriva de dejar en manos de la víctima la determinación del momento en que se tenga que fijar la cuantía, al poder demorar la presentación de la demanda interrumpiendo cuantas veces le sea posible el plazo de prescripción, o retrasar el curso del proceso, alargando la fecha de la sentencia que se toma como referente; que no distingue entre el sistema de valoración aplicable a los daños y la cuantía de los puntos que resulten de aplicar el sistema de cuantificación a la concreta lesión sufrida por el perjudicado; y que la demora no compensa de todos los perjuicios a la víctima, sino tan sólo de la pérdida derivada del valor adquisitivo, que es la que se compensa con la actualización de las tablas según el IPC.

Estas diferencias interpretativas fueron resueltas por dos sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, que establecen que deben distinguirse dos momentos:

1.º La regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. En consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

2.º Sin embargo, la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado puede tenerse que determinar en un momento posterior. La Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor de la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, con independencia de que la reclamación sea o no judicial.

De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación tenga lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, puesto que ambos momentos son seguros.

No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 50/1995.

Aplicación retroactiva de las leyes. Admisibilidad de la aplicación retroactiva del baremo de la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 a indemnizaciones posteriores a su entrada en vigor debidas por hechos anteriores a la misma.—Aunque los artículos 9.3 CE y 2.3 CC recogen el principio de irretroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada, viene limitando el alcance de este principio cuando una ley regula de manera diferente y «pro futuro» situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, señalando la STC de 16 de julio de 1987 que la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y en el caso que nos ocupa es indudable que, si bien el hecho con trascendencia jurídica del que nace la responsabilidad extracontractual acaeció antes de la entrada en vigor de la nueva norma, el efecto, es decir, la indemnización, se produce una vez vigente ésta, por lo que, al no tratarse de derechos que estuvieran consolidados, no ha de existir inconveniente en que se apliquen los baremos vigentes a la hora de cuantificarla. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo ha

venido admitiendo inequívocamente la aplicación de criterios objetivos de valoración, como los contenidos en el citado baremo, con carácter orientador, sin apreciar la vulneración de norma alguna. (STS de 10 de julio de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—A resultados del accidente de circulación acaecido el día 12 de mayo de 1995, que ocasionó el fallecimiento de don N. y diversos daños personales y materiales de importancia a su esposa doña A., quien viajaba de ocupante en el vehículo propiedad del matrimonio, tanto ésta como los padres del finado, don J. R. y doña L., ejercitaron una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, suplicando se condenara solidariamente a las entidades codemandadas, O.E., S.A. y A.O. AG —como propietarias del vehículo causante del siniestro—, y C.I.C.E. S.N.A.V. y O. —como aseguradoras del mismo—, a abonar a la parte actora la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, más los intereses moratorios previstos en el artículo 20 LCS con relación a las entidades aseguradora.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a las entidades demandadas al abono de diversas cantidades a los actores e intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de fijar la indemnización correspondiente a los daños personales sufridos por doña A. en una cantidad superior. Contra esa sentencia, doña A. recurrió en casación, siendo estimado el recurso en parte por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia la doctrina jurisprudencial fijada por las relevantes SSTS del Pleno de 17 de abril de 2007 (siendo Ponente en ambas la Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías), citadas en el texto y que fueron objeto de comentario por Mariano Medina Crespo en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Vol. 1.º (2005-2007), dirs. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Madrid, 2008, pp. 423-477 (y que sometimos a anotación en este Anuario, tomo LXII-II, abril-junio 2009, pp. 968-970), sobre cuál ha de ser el momento temporal a tomar como referencia en la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, ante lo cual las Audiencias —como hemos visto en el texto— mantenían una diversidad de posiciones. Se entiende finalmente que, a fin de alcanzar el valorismo de las deudas resarcitorias, el número de puntos habrá de determinarse con referencia al baremo vigente en el momento del accidente, pero valorando económicamente esos puntos a la fecha del alta definitiva del perjudicado. (F. J. J. M.)

64. Culpa extracontractual: accidente de circulación: cuantía indemnizatoria: criterio mantenido por el Pleno de la Sala 1.ª Tribunal Supremo.—Debe estimarse fundado el recurso de casación, debiendo casarse en parte la resolución recurrida en lo relativo tan sólo al baremo que sirvió de base para cuantificar los daños, que no ha de ser el vigente en la fecha del siniestro (6 de agosto de 1999), como acoge la sentencia impugnada, sino el

vigente en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, esto es, el vigente al tiempo en que se produjo el alta definitiva que según la documentación obrante tuvo lugar con fecha 26 de mayo de 2000. Ello es así porque, si bien el criterio uniforme establecido por las sentencias del Pleno de la Sala 1.^a Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 no coincide exactamente con la tesis del recurrente –partidario de que el baremo de referencia sea el vigente a fecha de la sentencia–, es indudable que descarta la solución adoptada por la Audiencia Provincial, basada en tomar en cuenta la fecha del accidente tanto para determinar el sistema de valoración aplicable como para cuantificar los daños que resulten de la aplicación de aquél. En consecuencia, se ha de fijar el importe de la indemnización aplicando el sistema de valoración de daños comprendido en el Anexo establecido por la Disposición Adicional 8.^a de la Ley de 8 de noviembre de 1995, pero calculando las cantidades de acuerdo con los importes establecidos por la Resolución de la DG Seguros de 2 de marzo de 2000, por ser la correspondiente al alta definitiva (26 de mayo de 2000), cuya determinación se hará en periodo de ejecución de sentencia. El importe resultante no devengará los intereses moratorios del artículo 20 Ley del Seguro, por no haberse admitido el recurso en este punto. Pero sí devengará los intereses procesales previstos en el artículo 576.2 Lec, desde la fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. **(STS de 23 de julio de 2008; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

65. Culpa extracontractual: accidente de circulación: criterios para fijar la cuantía de la indemnización: doctrina fijada por el Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.—Lo que se plantea en casación es la conveniencia de determinar la valoración de los daños ocasionados con referencia, no al momento del accidente –que es el criterio seguido por la Audiencia Provincial–, sino con referencia a un momento ulterior, permitiendo de esta forma al recurrente obtener una indemnización superior a la fijada según el criterio seguido por aquel tribunal, y tal pretensión ha de ser estimada en parte pues, si bien ese momento no puede ser el de la fecha de la sentencia, sí deben cuantificarse los daños conforme al momento en que se concretó el alta definitiva del perjudicado. La sentencia debe casarse –aunque los efectos de la casación sean más limitados de los pretendidos por el recurrente– porque la nueva doctrina es incompatible con el criterio seguido por la Audiencia Provincial ya que no permite que la fecha del accidente sea tomada en consideración tanto para determinar los puntos correspondientes al menoscabo personal como para calcular el valor de los mismos, toda vez que ello es contrario a la jurisprudencia de esta Sala referente al carácter de deudas de valor, y, fundamentalmente al criterio fijado por el Pleno de esta Sala para la interpretación del sistema de valoración de los daños corporales establecidos en el Anexo a la Ley de Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en sendas sentencias de 17 de abril de 2007. En consecuencia, se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización mediante la aplicación sistemática de valoración de los daños vigente en el momento del accidente (21 de noviembre de 1995), pero calculando las cantidades por los diferentes conceptos indemnizatorios concretados en la sentencia recurrida, que debe permanecer incólume en este particular, de acuerdo con los importes establecidos en la Resolución de la DG de Seguros de 24 de febrero de 1988, cuya determinación se hará en el perio-

do de ejecución de sentencia. La cantidad resultante devengará los intereses legales fijados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyo pronunciamiento fué ratificado en Audiencia Provincial y debe permanecer inalterado; con la precisión de que dicha cantidad devengará los intereses procesales del artículo 576.2 LEC desde la fecha de la primera instancia, en la que establece el daño indemnizable, cuya cuantificación económica se ha llevado a cabo mediante los criterios establecidos en esta sentencia. **(STS de 9 de julio de 2008;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

66. Comunidad de bienes. Acción de división de la cosa común. Ejercitarla supone reconocer la existencia de la comunidad.—La alegación de la previa disolución de las comunidades de bienes es incompatible con la pretensión deducida del actor, pues al solicitar en la demanda la división del inmueble dio por supuesto que la comunidad no había sido disuelta. Salvo la división de la cosa común, la comunidad de bienes sólo puede extinguirse por pérdida, desaparición, enajenación, adquisición por un tercero de la cosa común o consolidación de las cuotas en manos de uno de los copropietarios. Demandar la división de la cosa común equivale a reconocer que la comunidad no se ha extinguido por no haber concurrido ninguna de estas causas. **(STS de 15 de abril de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don F. y doña F. presentaron demanda contra don M. y don R., solicitando que se declarara la división del inmueble mediante pública subasta, repartiendo su importe entre los comuneros conforme a su cuota, así como la declaración de la disolución de la comunidad de bienes, oponiendo los demandados la existencia de un pacto verbal entre las partes en cuya virtud no se procedería a la disolución de las comunidades hasta que se hubieran satisfecho los préstamos solicitados para la explotación del negocio, en especial un crédito hipotecario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por don M. y don R., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando la demanda. Contra esa sentencia, los actores recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

67. Transmisión de la propiedad: aplicación del artículo 1463 CC a bienes inmuebles (*traditio brevi manu*).—Está admitido genéricamente por la doctrina y la jurisprudencia que, aunque el artículo 1463 CC se refiere expresamente a los bienes muebles, puede aplicarse también a los bienes inmuebles. Por consiguiente, debe admitirse que la *traditio brevi manu* es una forma de entrega apta para bienes inmuebles, que se da cuando el adquirente poseía con anterioridad el bien por un título distinto al de propietario.

(STS de 26 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—Los socios de un club de automóvil poseían un local para el desarrollo de las actividades sociales, no en concepto de dueños. En un momento dado, parte de los socios adquirieron de la Asociación, por documento privado, cuotas alcuotas de la propiedad del local. Se discute en juicio —a instancia de los socios compradores— si, a partir de entonces, puede hablarse de transmisión de parte alcuota de la propiedad a dichos socios; esto es, si comenzaron a poseer el local en concepto de propietarios o bien continuaron poseyéndolo sencillamente como socios. En Primera Instancia se desestimó la demanda declarativa de dominio. La Audiencia revocó la anterior y declaró la propiedad de los socios adquirentes de las partes alcuotas. (C. J. D.)

68. La acción reivindicatoria de dominio contradictoria respecto del inscrito, exige traer a juicio a los titulares registrales. Litisconsorcio pasivo necesario.—En una acción reivindicatoria de dominio contradictoria respecto del inscrito, cuya eventual estimación trae consigo la cancelación parcial de la titularidad registral contradictoria con la afirmada, es preciso traer a juicio a los titulares registrales, y así es doctrina constante, plasmada en las SSTS de 27 de enero de 2006, 4 de noviembre de 2002, 2 de abril y 18 de junio de 2003, entre otras muchas, que la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles. No puede acogerse una acción en que se reivindica el dominio de inmuebles que constan inscritos en el Registro a favor de terceros sin antes traerlos al proceso, puesto que los titulares registrales se encuentran amparados por el principio de legitimación a que alude el artículo 38 LH, y el asiento respectivo a su favor, bajo la salvaguarda de los Tribunales, precisándose su presencia en el pleito, y una verdadera oportunidad de ser oídos en defensa de su derecho, para que pueda prosperar la pretensión formulada en su contra por quien se dice propietario de mejor derecho en la realidad extrarregistral.

La posesión del bien por el demandado es requisito de la acción reivindicatoria.—La jurisprudencia ha establecido en STS de 23 de septiembre de 1958 que «dada la naturaleza de la acción reivindicatoria jamás puede prosperar si no se cumple el requisito de hallarse la cosa en la posesión o tenencia de aquél a quien se demanda, pues en caso contrario, no puede ser condenado a la entrega de lo que no posee»; y la de 16 de julio de 1997 que «la acción reivindicatoria se plantea frente a quienes son los actuales poseedores a título de dueño de los terrenos reivindicados, por lo que en nada

afecta dicha acción a los poseedores anteriores que, en el peor de los casos, podrán tener que responder frente a los demandados por las porciones transmitidas a los mismos, pero no frente al actor que ninguna relación contractual ha tenido con ellos». En parecidos términos la STS de 18 de julio de 1969. (STS de 30 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don F., doña A. y doña F. interpusieron demanda contra el Ayuntamiento de M. y la Junta de Compensación de AF, en ejercicio de acción reivindicatoria de las parcelas y de cancelación de inscripción registral contradictoria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda principal, acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, opuesta entre otras por los demandados, y dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, los actores recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

69. Acción declarativa de dominio.—La acción declarativa de dominio tiene por objeto simplemente declarar el derecho de propiedad y viene destinada, con la reivindicatoria, a la protección del mismo, fundándose en el artículo 348 CC, siendo requisito necesario la perfecta identificación de la finca, tanto en su superficie como en su contenido.

Principio de legitimación registral. Alcance.—El artículo 38 LH preceptúa que «a todos los efectos se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», disponiendo el artículo 1250 CC que «las presunciones que la Ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas». Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de noviembre de 1944 el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario, presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular, con lo que la presunción *iuris tantum* alcanza a todos los supuestos hipotecarios, gozando asimismo el titular registral de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba.

El principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica, pero no con carácter absoluto e ilimitado, ya que ampara datos jurídicos y opera sobre la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales e inmobiliarios inscritos, no alcanzando la presunción de exactitud registral a los datos y circunstancias de mero hecho (cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca), de tal manera que la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cabe ser desvirtuada por prueba en contrario, que acredite la inexactitud del asiento registral en cuanto la realidad jurídica registral acredite ser distinta a la que se expresa tabularmente (STS de 30 de noviembre de 1991). (STS de 2 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una sociedad inmobiliaria demandante adquirió una finca con unos linderos y una superficie que se hacían constar en la escritura pública y coincidían con la descripción registral. Posteriormente, Santiago discute la propiedad de una franja que terreno de 32 metros cuadrados. La inmobiliaria interpuso demanda en la que ejerció acción declarativa sobre la mencionada franja.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia por entender, esencialmente, que era la inmobiliaria, en el ejercicio de la acción declarativa de dominio, quien tenía que probar la inclusión de estos 32 metros cuadrados en su finca.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo sigue la doctrina jurisprudencial que entiende que el principio de legitimación registral no alcanza a los datos de hecho, como si es secano o regadío o está edificada o en construcción (STS de 7 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2814]), pero sí alcanza a la situación y linderos en cuanto una persona ajena al Registro de la Propiedad tan sólo los puede rechazar o impugnar si acredita cumplidamente su derecho sobre finca que contradiga el asiento registral y destruya la presunción *iuris tantum* que proclama el contenido de la inscripción.

Para el Tribunal Supremo la inmobiliaria como adquirente de buena fe confiaba en el Registro de la Propiedad sin que se le pueda exigir el sufrir la carga de comprobar la realidad extrarregistral (SSTS de 10 de julio de 2006 [RJ 2006, 6066] y 21 de julio de 2006 [RJ 2006, 5595]) y la carga del examen de otros folios anteriores (SSTS de 12 de junio de 2003 [RJ 2003, 5634] y 3 de marzo de 2005 [RJ 2005, 4729]), a cuyo favor juega el principio de legitimación registral. El Alto Tribunal resalta que el demandado, según la propia sentencia de instancia, no ha acreditado que aquella franja de 32 metros cuadrados le perteneciera destruyendo así la presunción de exactitud registral que a la entidad demandante le proporcionaba el artículo 38 LH. (*M. C. L. J.*)

70. Deslinde administrativo. Zona marítimo-terrestre.—El deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre realizado al amparo de la Ley de Costas (LC) tiene eficacia declarativa de la naturaleza demanial de los bienes cuya cabida y linderos se precisan en él; es equivalente a un título de dominio; comporta la incorporación de los expresados bienes al dominio público marítimo-terrestre (arts. 13.1 LC y 28.1 de su Reglamento); es título hábil para solicitar la anotación preventiva del dominio público; permite la constancia tabular del carácter demanial de tales bienes y la rectificación de los asientos contradictorios (arts. 13.2 LC y 29.1 de su Reglamento); afecta a las titularidades amparadas por el Registro, que no pueden prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados; alcanza a los titulares de derechos inscritos amparados por el artículo 34 LH (desaparece la conservación de sus derechos que les confería la LC 1969, art. 6.3); y se plasma en la conversión del derecho de propiedad, afectado por el efecto declarativo inherente al deslinde, en un derecho real de carácter administrativo y de duración limitada (DT 1.ª LC).

Deslinde. Vía contencioso-administrativa y vía civil.—La coexistencia de la vía contencioso-administrativa y la civil se traduce en que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo controla la legalidad del expediente de deslinde y la pureza del procedimiento seguido, declarando si es o no conforme a Derecho, pero no prejuzga el fallo que ha de dictar el orden jurisdiccional civil a raíz del ejercicio de la acción declarativa o reivindicatoria. Ante éste pueden atacarse las titulaciones y los hechos que la configuran mediante la prueba que se suministre y el proceso seguido ante la jurisdicción contencioso-administrativa no produce efectos de litispendencia. (STS de 21 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Filomena y don César adquirieron su finca en un momento en que no formaba parte de la zona marítimo-terrestre, pero se integró en ella a raíz del deslinde administrativo realizado al amparo de la Ley de Costas. Ante esta situación, doña Filomena y don César interponen demanda contra el Estado, Ministerio de Medio Ambiente.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que los actores eran propietarios con justo título de una finca y que, en consecuencia, se encontraban en la situación fáctica a que se refiere la primera parte del núm. 1 de la DT 1.ª LC para interesar la concesión. Añadía que debía desestimarse la pretensión de que se declarase el dominio actual de la parte actora y su derecho a obtener la concesión, pues sólo la Administración y, en su caso, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo podían pronunciarse acerca de la existencia de tal derecho. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

NOTA.—En forma análoga al que se plantea en el presente supuesto fueron aplicados los criterios dimanantes de la jurisprudencia constitucional respecto de una finca adquirida en la misma zona con anterioridad a la Ley de Costas inscrita en el Registro de la Propiedad, que resultó incluida en la zona marítimo-terrestre por deslinde de 1991, rechazando el Tribunal Supremo la vulneración del artículo 33 CE y aceptando la tesis de la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial (STS de 26 de febrero de 2004, [RJ 2004, 856]). (M. C. L. J.)

71. Deslinde de dominio público marítimo-terrestre y calificación de una zona de dominio público o propiedad privada.—La jurisprudencia sobre el dominio público marítimo terrestre es muy reiterada (SSTS de 26 de abril, 22 de julio, 6 de octubre, 14 de octubre, 10 de noviembre, 17 de junio, 25 de junio, 17 de julio, 6 de julio y 12 de noviembre de 1988, 7 de julio de 1989, 20 de enero de 1993).

La STS de 8 de junio de 2001 hace hincapié en que el deslinde es función administrativa y la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su calificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción civil.

Así pues, la competencia exclusiva sobre la declaración del derecho de propiedad pertenece a la jurisdicción civil, que no está vinculada por el deslinde administrativo.

Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas: garantía expropiatoria.—La Constitución no altera los derechos adquiridos ni las situaciones consolidadas y la garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 33.3 cuando precisa que la privación de bienes y derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo la correspondiente indemnización.

En el ámbito del deslinde marítimo-terrestre y, en concreto, en las situaciones previstas en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, la concesión en ella regulada representa la indemnización.

El Alto Tribunal cita a estos efectos las SSAP Huelva de 16 de julio de 2003, 12 de febrero de 2004 y 16 de junio de 2004; en la primera de ellas puede leerse lo siguiente: «El apartado 1 de la Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas al otorgar una concesión por 30 años, prorrogables por otros tantos, que permitirá los usos y aprovechamientos existentes, sin abonar canon alguno, a los titulares de espacios de playa que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la mencionada Ley, establece una transformación de un derecho dominical en concesión que constituye una muy singular forma de expropiación, por evidentes razones de utilidad pública en la que la indemnización a percibir por los anteriores titulares consiste en el valor económico de la referida concesión que representa un equivalente del derecho de que se les priva». (STS de 8 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa gira alrededor de la inclusión de la finca de los demandantes en el deslinde llevado a cabo por la Administración en el dominio público marítimo-terrestre, cuya resolución administrativa es recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso que es desestimado. En la jurisdicción civil se ha ejercitado la acción civil que prevé el artículo 14 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

La parte demandante interpone tres pretensiones, en forma alternativa y subsidiaria.

En primer lugar, se interpone acción declarativa de dominio (de Derecho privado) de la finca, pretensión que es desestimada en la instancia, ante lo que se aquieta la parte demandante.

En segundo lugar (para el caso en que se haya resuelto negativamente el recurso contencioso-administrativo, como así ha ocurrido), acción declarativa de que la finca es y ha sido siempre de dominio privado, por estar inmatriculada antes de la Ley de Puertos de 1880 y ser su titular tercero hipotecario y que dicha propiedad ha de mantenerse hasta que se produzca una expropiación. Esta última es la pretensión que se mantiene en casación.

En tercer lugar, y como acción subsidiaria, que es la acogida parcialmente por la sentencia de primera instancia confirmada en apelación, se pretende la declaración de que la finca era propiedad privada con anterioridad a la Orden citada de 1994 que aprobó el deslinde y que se encuentra en los supuestos de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, a los efectos de la obtención de la concesión que contempla. (B. F. G.)

72. Propiedad Horizontal. Modificación del título constitutivo.—El artículo 16.1 LPH, en su redacción original, establecía que, para la adopción de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, será necesaria la unanimidad de los propietarios. Por tanto, el acuerdo tomado para la aplicación del título constitutivo no exige la unanimidad de todos los copropietarios, aún modificando una situación fáctica contraria a su contenido, pues, precisamente, su omisión se venía produciendo sistemáticamente en el tiempo en detrimento del resto de propietarios, a los que tanto el título constitutivo como la legislación vigente les reconocían el derecho a abonar cuotas de menor importe en virtud del prorrateo aprobado por unanimidad en la constitución. Al no exigirse la unanimidad de todos los copropietarios para la adopción del acuerdo impugnado, dada la emisión de voto afirmativo por todos los propietarios asistentes, ha de reconocerse su plena validez.

Régimen especial de distribución de gastos comunes.—La jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 9.5.º LPH es reiterada, en el sentido de que puede establecerse estatutariamente un régimen especial sobre distribución de gastos, que articule módulos diferentes a la cuota de participación fijada en el título constitutivo para cada piso o local, en relación con el total del edificio, prevaleciendo en este punto la autonomía de la voluntad —SS de 28 de diciembre de 1984, 2 de marzo de 1989, 2 de febrero de 1991 y 14 de marzo de 2000, entre otras muchas—.

Por tanto, la cuota de participación en los gastos, establecida en el Título Constitutivo únicamente puede ser modificada por acuerdo unánime de los propietarios, según establecía el artículo 16.1 LPH de 1960 en su redacción original, no así el acuerdo consensuado de establecimiento de las referidas cuotas de participación —que puede fijar unas cuotas diferentes a las establecidas en el título constitutivo—, cuya modificación, al constituir una novación en la voluntad convencional, exige la mayoría simple de los propietarios, como expresión de la voluntad general de la Junta de Propietarios. **(STS de 22 de mayo de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por la entidad mercantil *V.B., S.A.*, contra una Comunidad de Propietarios de una finca de Barcelona, se solicita sentencia por la que se acuerde dejar sin efecto el acuerdo adoptado de modificación del régimen de aportación económica al sostenimiento de los gastos comunes del local propiedad de la entidad mercantil, manteniéndose dicha aportación en la proporción que se haya venido abonando dadas las circunstancias del local.

En dicho acuerdo se admitió que «sometido a la consideración de todos, se coincide en que los propietarios no deben asumir gastos que por Ley no les corresponde, por lo que se aprueba, por unanimidad [de los asistentes], que a partir del 1.º de enero de 1999, se les aplique a los locales, la cuota pertinente, en función de los gastos anuales, de acuerdo con su coeficiente de participación».

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda.

La Audiencia revoca esta sentencia y declara nulo el acuerdo adoptado en la junta de la comunidad de propietarios sobre el cambio en la distribución de gastos comunes, al considerar que el acuerdo adoptado supone una «modificación de la situación fáctica hasta la entonces creada e incontrovertida en esta litis», y «cuya finalidad no era otra que volver a la situación de origen recogida en el Título Constitutivo en lo que se refiere a la contribución a los gastos generales, lo que requiere la aprobación unánime de los copropietarios de conformidad con lo prevenido en la norma primera del artículo 16 LPH».

La Comunidad de propietarios interpone recurso de casación, alegando que al local propiedad de la entidad demandante le corresponde un coeficiente o cuota de participación del 10,70 por cien, sin que en la escritura de división horizontal, ni en ningún otro título, figure exclusión o exoneración alguna en orden a la contribución a los gastos comunes, ni otra regla diferente para su distribución que la aplicación del coeficiente. Se añade que en las Juntas de Propietarios anteriores a la que se contrae la impugnación, objeto de este proceso, no se adoptó nunca acuerdo modificativo del título de constitución de la propiedad horizontal en orden a que los locales contribuyan de forma distinta a la prevista en la escritura de constitución y división horizontal, sin que la situación de hecho creada durante años suponga modificación del título, de tal modo que la modificación de esta situación de hecho no requiere la unanimidad que contempla la Audiencia Provincial en la Sentencia impugnada.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar, anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la de primera instancia. (M. R. D. R.)

73. Propiedad horizontal. Modificación del título constitutivo.—

Conforme al artículo 17.1 LPH, no cabe hacer ninguna división, agregación o segregación, con efectos jurídicos, si no hay previa autorización unánime de la Junta de Propietarios, ya que se entiende que hay modificación del Título y así lo dispone el artículo 8 LPH.

Abuso de derecho.—Aunque la frase «abuso del derecho» conforma expresión jurídica, que se den hechos probados que pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de intereses legítimos); igualmente, ha manifestado que no se dan los requisitos necesarios para la apreciación del abuso de derecho cuando lo que se hace no es con la intención de dañar o mediante la utilización del derecho de un modo anormal y previamente contrario a la convivencia ordenada. (STS de 10 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La entidad H. L., SA demandó a doña Milagros, don Jaime y la Comunidad de Propietarios y solicitó la condena a éstos a otorgar la autorización prevenida en el artículo 8 LPH, a fin de que se proceda a la división jurídica del local de negocio de su propiedad, que ocupa la planta principal del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que acogió las peticiones del escrito inicial.

NOTA.—En el caso debatido, el Tribunal Supremo considera que no existe situación de abuso de derecho, habida cuenta de la falta de constancia de que doña Milagros y don Jaime actuaran de mala fe, o intentaran perjudicar a la parte actora, ya que lo único planteado por ellos, al ser arquitectos y, consiguientemente, conocedores de la materia, han sido sus dudas y objeciones a la pretendida división de la planta principal. Sigue así el Tribunal Supremo en esta sentencia la línea jurisprudencial que afirma que no hay abuso de derecho cuando no hay intención de dañar y no se utiliza el derecho de un modo anormal y previamente contrario a la convivencia ordenada (SSTS de 5 de abril de 1993 [RJ 1993, 2789] y 11 de abril de 1995 [RJ 1995, 3185], y las citadas en ellas). (*M. C. L. J.*)

74. Propiedad horizontal. Instalación de aire acondicionado. Limitaciones.—Declara el Tribunal Supremo que no puede considerarse como modificación de elementos comunes la incorporación de aparatos de aire acondicionado que no suponga la realización de obras de perforación en el inmueble, pues, de lo contrario, se impedirían los servicios del progreso en edificios no preparados para estos elementos de ventilación. De acuerdo con la realidad social (art. 3.1 CC), tal interpretación, contraria al sistema actual de actuación de los comuneros, ha de rechazarse (STS de 17 de abril de 1998). No obstante, esto no autoriza al propietario de ninguno de los pisos en propiedad horizontal a que realice obras de fábrica que afecten a elementos comunes, pues entonces la prohibición es manifiesta (STS de 26 de noviembre de 1990 y 24 de febrero de 1996).

Propiedad horizontal. Limitaciones al uso de los pisos.—No es contraria a la ley una previsión en los estatutos de la comunidad por la que se establezca que no se admite el destino de los pisos a finalidad que suponga afluencia superior de público a la normal de una casa destinada exclusivamente a vivienda.

Congruencia de las sentencias.—Según el Tribunal Supremo, las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (entre otras, SSTS de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995 y 24 de enero de 2001). Esta doctrina presenta algunas excepciones; concretamente, cuando el sujeto pasivo se conforma total o parcialmente con la pretensión de la actora, cuando se dejan sin resolver peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, cuando se altera la *causa petendi* o el supuesto fáctico de la cuestión relativa, cuando se transforma el problema litigioso, cuando la absolución se produce por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de estimación de oficio o, finalmente, cuando se utilizan argumentos distintos de los alegados por las partes, en el caso de que ocasionaran indefensión.

Prueba de confesión. Negación del carácter privilegiado.—Es doctrina jurisprudencial consolidada que la prueba de confesión no es la *regina probationis* y que, por tanto, carece de rango superior a los otros medios de prueba.

Prueba documental. Valor o eficacia.—Declara el Tribunal Supremo que la eficacia de los documentos públicos no se extiende a su contenido o a las declaraciones que hagan en ellos los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Por tanto, este medio probatorio carece de prevalencia sobre los demás y sólo vincula al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (entre otras, SSTS de 30 de septiembre de 1995, 14 de diciembre de 2005 y 21 de mayo de 2006). (**STS de 16 de mayo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La empresa propietaria de un piso interpone demanda contra la comunidad de propietarios, reclamando que se declare su pleno dominio sobre la finca de la que es titular, así como la nulidad de dos acuerdos adoptados por la Junta de propietarios. Concretamente, pretende que se declare que pertenece a su finca el patio que linda con su piso, que es elemento comunal del edificio, y que se anule el acuerdo por el que se le impedía instalar aire acondicionado en su finca, realizando para ello obras sobre elementos comunes, así como el acuerdo que impide destinar la vivienda a un uso que suponga una afluencia de público superior al normal en una vivienda (lo que excluye el uso exclusivamente profesional).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que el lindero de la finca de la demandante se había modificado unilateralmente por los sucesivos transmitentes de la misma, sin intervención de la comunidad de propietarios. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, éste fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia de instancia. La demandante interpuso entonces recurso de casación contra esta sentencia. (*A. M. M.*)

75. Las obras de «pequeño derecho» y su explotación conjuntamente con otras obras.—El Tribunal Supremo señala que no puede aceptarse que la incorporación de una canción corta a un disco configure una obra nueva en el sentido del artículo 9.1 LPI de 1987. Dadas las pequeñas dimensiones de algunas obras, haciendo difícil su grabación en un soporte aislado, debe interpretarse que en estos casos estamos ante una obra independiente publicada conjuntamente con otras, tal como autoriza el artículo 9.2 LPI de 1987.

Infracción del derecho moral de modificación y de integridad.—No existe infracción del derecho de modificación si la alteración de la obra fue autorizada por la sociedad que gestiona los derechos sobre la misma. Estas entidades de gestión suelen celebrar contratos-tipo con terceros, donde se permiten modificaciones de la obra justificadas por las necesidades de la edición. Así, indica el Tribunal Supremo que los arreglos exigidos por la grabación de obras menores comprenden las que exige la adaptación a las características del intérprete. Además, para que se produzca una infracción del derecho moral de integridad, no basta la mera modificación de la obra, sino que es necesario que dicha alteración cambie la concepción artística que tuvo

el autor de su obra. (STS de 17 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don P. compuso, en 1941, la banda sonora de la película «Jai Alai», obra que inscribió en el Registro General de la Propiedad Intelectual, y en la que consta el zortzico titulado «Maite». El 8 de mayo de 1932, don P. ingresó como socio de SGAE, y en la modalidad de derechos fotomecánicos en 1982. El 26 de diciembre de 1988 falleció, nombrando herederos a su hijo don A. y a sus nietos, don J.A. y doña C., quienes, a su vez, ingresaron en SGAE, como socios herederos de dicho autor, el 28 de marzo de 1989, suscribiendo los correspondientes contratos de adhesión, sin formular reserva alguna, el 8 de enero de 1990. El 2 de diciembre de 1985, SGAE y Emi Odeón S.A. suscribieron un contrato por el que la primera concedía a la segunda el derecho, no exclusivo, de proceder a la grabación sonora de las obras de su repertorio. El 15 de octubre de 1991, don T., director artístico de Emi, dirige una carta a don A., solicitándole permiso para que el cantante don L.E. grabara la canción «Maite», manifestando además su disposición a negociar las condiciones económicas. La carta fue contestada por los titulares de derechos de la canción mediante otra en la que, entendiéndose que se producía un arreglo, se condiciona a la solicitud de consentimiento y al pago de una cantidad de dinero. Emi cuestiona la necesidad de autorización de la contraparte, al conceputar la canción como obra de «pequeño derecho» y afirmar estar facultada para grabar el repertorio administrado por SGAE, al no alterarse sustancialmente la obra originaria. Tras haber oído la grabación, el 17 de febrero de 1992, por conducto notarial, don A. dirige una carta a la discográfica en la que indica que el arreglo de la obra «Maite» altera, mutila, desvirtúa y distorsiona el original, exigiendo la inmediata retirada del mercado de las grabaciones indicadas o, en su defecto, el pago de una indemnización por daños y perjuicios morales. El arreglo de la canción fue finalmente grabado por don L.E. para Emi e integrado en el fonograma «Aman-te Gavioa». Respeto la armonía pero se altera el ritmo original de la obra, modificación que no la deforma sustancialmente.

Los herederos de don P. interpusieron demanda contra Emi y don L.E., alegando que no se había obtenido su autorización para la referida versión, vulnerando así su derecho de transformación. El Juzgado desestimó la demanda, recurriéndose en apelación. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. Llega a la conclusión de que las modificaciones efectuadas no perjudican ni menoscaban la reputación del autor, teniendo en cuenta la posibilidad limitada de modificación de las obras de pequeño derecho, como consecuencia aneja a la cesión de los derechos de explotación a SGAE, sin reserva alguna. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por los actores, que es desestimado por el Tribunal Supremo, al considerar que a través del acuerdo entre la entidad de gestión y la productora, se estaban autorizando las modificaciones necesarias, y que las alteraciones realizadas sobre la obra originaria no provocaban un daño a los derechos morales de integridad y de modificación. (S. L. M.)

76. Comunicación pública de obras protegidas en las habitaciones de hotel.—La cuestión jurídica relativa a si la señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles es o no, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, un acto de comunicación pública que genera un derecho de indemnización para los titulares de derechos sobre las obras y prestaciones así difundidas, fue resuelta por la STS de 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 LPI al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el TJCE, en sentencia de 7 de diciembre de 2006.

Con anterioridad a dicha sentencia, se proponían soluciones diversas para este tipo de supuestos. Esa diversidad de criterios dio lugar a la STS de 10 de mayo de 2003, con finalidad unificadora. En ella se entendía que no se producía la mencionada difusión de contenidos protegidos a través de los receptores de televisión, ni que hubiera lugar a indemnización, pues se consideraban actos desarrollados en el ámbito estrictamente privado. Sin embargo, como consecuencia de la citada sentencia del TJCE, se ha producido un cambio jurisprudencial, plasmado en la STS de 16 de abril de 2007, señalándose el criterio contrario al establecido hasta ese momento, esto es, que existe comunicación pública.

Los términos de la sentencia del TJCE son claros: 1) el concepto de «comunicación pública» debe entenderse en sentido amplio; 2) el término «público» hace referencia a un número indeterminado de potenciales telespectadores; 3) la clientela de un hotel se renueva con rapidez, por lo que se suele tratar de un número considerable de personas; 4) los efectos derivados de esa acumulación sucesiva de personas pueden adquirir una gran importancia económica; 5) para que haya comunicación al público basta con que la obra o prestación protegida sea puesta a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; 6) en estos casos hay una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio, pues la inclusión del servicio influye en la categoría del hotel y en el precio de las habitaciones; 7) es indiferente la técnica utilizada por el hotel para la transmisión de la señal; 8) tampoco tiene relevancia el carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación.

En estos supuestos de televisiones ubicados en habitaciones de hotel, se cumplen todos los requisitos del artículo 20.1 LPI, por lo que hay que entender que se produce la comunicación pública de contenidos protegidos por la Ley.

Cálculo de la indemnización por la comunicación pública de obras protegidas en hoteles.—El Tribunal Supremo ha declarado ya en varias ocasiones que, en este tipo de casos, la demandada tiene la obligación de pagar una indemnización de acuerdo con las tarifas generales de la entidad de gestión actora, y conforme al número de habitaciones y apartamentos ocupados del hotel durante el período durante el cual se ha llevado a cabo la comunicación pública. Esta forma de calcular la indemnización se considera equitativa a falta de acuerdo [arts. 157.1.b), 159.3 y 122.3 LPI]. No puede entenderse abusiva la aplicación de dichas tarifas, a falta de acuerdo, cuando se refieren a la utilización real de la comunicación pública —se tienen en cuenta las habitaciones y apartamentos ocupados—. Así, la entidad demandante debe probar no sólo las tarifas, sino también las retransmisiones comunicadas, mientras que el establecimiento hotelero ha de aportar los índices de ocupación del número de habitaciones. En cambio, no sería equitativo si la indemnización

se calculara sobre el número de habitaciones y apartamentos disponibles. (STS de 10 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El hotel C viene comunicando públicamente, a través de los televisores ubicados en las habitaciones, obras y prestaciones protegidas por la Propiedad Intelectual, sin contar con la debida autorización de los titulares de derechos y sin abonar la correspondiente compensación. EGEDA, la entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales, interpone demanda solicitando el cese de estas actividades hasta que no sean autorizadas, así como el pago de la correspondiente indemnización conforme a las tarifas generales de la entidad y conforme al número de habitaciones y apartamentos ocupados/televisores disponibles en zonas comunes, durante el tiempo en que se llevó a cabo la actividad ilícita.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por entender que el sistema de distribución de las emisoras dentro del hotel responde a un sistema similar al de las comunidades de vecinos mediante su incorporación a una antena colectiva, por lo que estaríamos ante un ámbito doméstico y, en consecuencia, no se habría producido la comunicación pública a que se refiere el artículo 20.1 LPI. A la misma conclusión llega la Audiencia Provincial, citando la STS de 10 de mayo de 2003.

En cambio, el Tribunal Supremo sí estima el recurso de casación promovido por la entidad de gestión, explicando el giro jurisprudencial que ha habido en este tipo de cuestiones a raíz de la STS de 16 de abril de 2007. Así, considera que se produce comunicación pública de contenidos protegidos. Igualmente, condena al demandado al pago de una indemnización por tales actos, calculada en función de las tarifas generales de EGEDA y las habitaciones y apartamentos ocupados.

NOTA.—El mismo supuesto de hecho y a la misma conclusión llega el Tribunal Supremo en otra sentencia de 10 de julio de 2008. (S. L. M.)

77. Servidumbre de paso. Usucapión: regla y excepciones.—Las restricciones históricas a la *usucapio servitudis* han cristalizado en el Código civil en la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción y en el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título, y, a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme.

Se exceptúan, sin embargo, los supuestos de constitución por signo aparente, por disposición del padre de familia y de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del Código civil en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, siempre que el carácter inmemorial del uso de la servidumbre se haya formado antes de la vigencia del Código civil y derive de no ser posible determinar un punto inicial.

Presunción de libertad de los fundos.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que cuando falta la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso de la servidumbre no aparente o discontinua, o en caso de duda, ha de operar la presunción de libertad de fundo. Esta doctrina es igualmente aplicable en relación con la adquisición de la servi-

dumbre por prescripción inmemorial anterior a la entrada en vigor del Código civil. (STS de 16 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las demandantes solicitan que se declare que la finca propiedad de la compañía demandada y la finca de otro code mandado están gravadas con una servidumbre de paso desde tiempo inmemorial a favor de las fincas de su propiedad.

La sentencia dictada en Primera Instancia desestima las pretensiones de la parte actora por entender que no consta probada en autos la posesión de la servidumbre con anterioridad a la promulgación del Código civil.

La Audiencia Provincial, sin embargo, estima la demanda por considerar que existen un conjunto de datos probatorios que constituyen un principio de prueba, consolidado definitivamente por el dato objetivo consistente en que el paraje de la finca de las actoras necesariamente tiene que tener su acceso por el camino sobre el que se pretende la existencia de servidumbre de paso, mientras que el camino alternativo presentado por la demandada no da acceso a la finca y no existe rastro de otro. Lo anterior lleva a la Sala a considerar acreditado que el único lugar por el que se ha tenido acceso a las fincas de la parte actora es por el camino sobre el que se pretende la existencia de la servidumbre de paso.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por uno de los codemandados, basado en cuestiones de valoración de la prueba. (B. F. G.)

78. Prohibición del pacto comisorio.—Nuestro Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (arts. 6, 1859 y 1884 CC). No obstante lo anterior, la admisión de la venta con pacto de retro no contraría la anterior afirmación, pues técnicamente aquella no implica un préstamo con garantía legal. El que vende con pacto de retro trata de obtener un préstamo, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio; pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna.

Sin embargo, cuando se pretende instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado [en tal caso el precio solo es aparente, la transmisión dominical solo obedece a esa final de garantía y eso carece de eventualidad para justificar el efecto traslativo (arts. 1261.3 y 1274 CC)] (FD. 3.º).

Prescripción extintiva. Dies a quo.—Si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasen-

tido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo (FD. 2.º). (STS de 5 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El 30 de julio de 1975 doña Marina celebra un contrato por el cual pasa a ser la avalista del crédito personal solicitado por los cónyuges don Plácido y D.^a Ana María a una Caja de Ahorros para la compra de un piso a la vendedora D.^a Laura. Posteriormente, doña Marina tiene que hacer frente a los pagos del préstamo, por no atenderlos los obligados principales. En concreto, al pago el 4 de marzo de 1981 de 134.599 pesetas, y al pago liquidatorio del préstamo el 27 de diciembre de 1983, de 443.367 pesetas. Doña Marina interpuso demanda el 2 de octubre de 1998 contra los cónyuges y doña Laura en la que solicitaba que se declarase la subrogación de doña Marina en la posición de compradora y que se obligase a la elevación a público del contrato de compraventa con la vendedora, D.^a Laura.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta y acogió la excepción de prescripción de la acción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo no puede admitirse la interpretación de la sentencia recurrida sobre que la acción pudo ejercitarse a partir del pago de 134.599 pesetas de fecha 4 de marzo de 1981. Esta interpretación fue la que determinó la estimación de la excepción de prescripción extintiva, que no hubiera prosperado de tener en cuenta, por el contrario, como fecha a partir de la cual podía ejercitarse la acción el día 27 de diciembre de 1983. Para el Alto Tribunal la acción ejercitada por la avalista únicamente nacía desde la íntegra satisfacción del préstamo, por ello estima el motivo relativo a que no hay prescripción de la acción, aunque desestima la demanda porque el pacto comisorio siempre ha sido rechazado.

Como en otras ocasiones, en la sentencia anotada el Tribunal Supremo señala que tratándose de una norma legal imperativa, como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 CC) no es necesario reconvertir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado, sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas. En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales (*vid.* entre otras, STS de 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1003]). (*M. C. L. J.*)

79. Ejecución Hipotecaria Extrajudicial. Declaración de inconstitucionalidad.— Esta Sala desde su S de 4 de mayo de 1998, seguida por las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005 y 10 de octubre de 2007 ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposi-

ción contenida en el artículo 129.2 LH, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Por otro lado, la derogación se entendía producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978, según la cual «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»; derogación que quedaba producida desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional sin perjuicio de que fueran los tribunales los que la declararan en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. Como ya estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno núm. 4/1981, de 2 febrero, «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

Se razonó, igualmente, en el sentido de que el «procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código Civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, número 290/1992, no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público».

Como la misma sentencia refiere «razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 CE, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la “reserva de ley” que esta disposición constitucional prevé para “las normas de competencia y procedimiento”...».

Indemnización de daños y perjuicios por nulidad del procedimiento de ejecución.—El artículo 1902 CC a la hora de establecer las consecuencias

indemnizatorias de la llamada culpa extracontractual o «aquiliana» parte de la necesaria intervención de culpa o negligencia imputable al agente como fundamento de tal responsabilidad y no puede aceptarse que incurra en actuación culposa o negligente quien hace un uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico en momento en que la contradicción del procedimiento elegido con las normas constitucionales aún no había sido objeto de declaración, sin perjuicio de que tal inconstitucionalidad naciera desde el mismo momento de la entrada en vigor del texto fundamental y viciara el procedimiento, circunstancia a la que ciertamente fueron ajenos todos los que tuvieron intervención en él. (STS de 14 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las entidades *L.S., S.L.* y *S., S.L.*, interpusieron demanda contra el Banco A. S.A., don J.E. y la Sociedad urbanística V, S.A., solicitando la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, así como las adjudicaciones derivadas de la subasta celebrada, y reclamando indemnización de daños y perjuicios.

Alegan los actores la inconstitucionalidad del artículo 129.2 LH, que, a su juicio, quedó derogado por la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española, al resultar contrario a las exigencias y garantías de los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 del Texto Constitucional.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó, igualmente el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar, casando la resolución anterior y estimando parcialmente la demanda en lo relativo a la nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca y las consecuentes adjudicaciones derivadas de la subasta.

No obstante, consta un Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, discrepando del fallo, al entender que la Sala ratifica la doctrina jurisprudencial sobre la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, que se inicia en la S de 4 de mayo de 1998, del artículo 129, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, en la redacción que le dio el texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946, reiterando los argumentos esgrimidos en la citada sentencia, que a su vez se acogen en las posteriores de 30 de enero y 20 de abril de 1999 y 13 de diciembre de 2005. Además debe resaltarse que cuando se dictó la S de 4 de mayo de 1998, el procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca, y cuya nulidad (del procedimiento) se pide por los recurrentes, ya había finalizado, cuatro meses antes de la presentación de la demanda origen de esta litis [24 de abril de 1998].

Así las cosas, es evidente que la cuestión central del motivo radica en si la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos hipotecarios puede afectar a procesos de ejecución hipotecaria extrajudiciales acabados antes de 4 de mayo de 1998.

La retroactividad de la declaración de derogación por inconstitucionalidad sobrevenida no puede afectar a dichos procesos; aque-

lla declaración debe quedar limitada en los mismos términos en que lo está una declaración de inconstitucionalidad de preceptos procesales realizada por el Tribunal Constitucional. Así lo manifestó, precisamente, el Tribunal Constitucional en su S 128/94, de 5 de mayo, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 949/1992, declarando: «los efectos de esta sentencia en los procesos pendientes sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia, correspondiendo a los órganos judiciales competentes llevar a cabo las adaptaciones necesarias».

En el caso que nos ocupa, el proceso extrajudicial se hallaba totalmente concluido, no pendía ningún acto procesal. Cuánto más se ha de aplicar si se trata de procesos acabados.

En consecuencia, se debió declarar no haber lugar al recurso de casación. (*M. R. D. R.*)

80. Doble inmatriculación. Resolución del conflicto mediante la aplicación del Derecho civil puro.—En estos supuestos la pugna ha de resolverse conforme al Derecho civil puro, con exclusión u omisión de las normas de índole hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad.

Realidad registral y realidad extrarregistral.—Una cosa es la constancia registral de una determinada finca y otra es la existencia física de la misma en la realidad extrarregistral. La primera carece de efectividad sin la segunda y la eficacia de lo proclamado por el Registro de la Propiedad cede ante la realidad física y determinable de los derechos a que se refiere.

Los asientos del registro pueden estar en contradicción con la situación real, bien por referirse a titularidades que nunca han existido válidamente, por hacerlas constar de forma diversa a la verdadera o por no haber constatado su extinción. Lo mismo cabe decir de los títulos que sirven de base a la inscripción. (**STS de 30 de abril de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En el presente supuesto se parte de la existencia de una doble inmatriculación, en tanto que las fincas propiedad de la actora y de la entidad demandada acogen dentro de su extensión tres mismas parcelas catastrales de un mismo polígono.

El título de la demandante, derivado de partición sucesoria, es de fecha 18 de febrero de 1994, momento en que por primera vez se hace constar que la finca de la actora comprende las referidas catastrales.

El título de la parte demandada arranca del año 1957, constando ya tales menciones catastrales coincidentes desde aquella fecha.

Los datos anteriores, unidos al hecho de que el perito topógrafo que informa en el proceso no ha podido ubicar físicamente la propiedad de la actora, conducen a la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia de primera instancia, que había desestimado la demanda.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante. (*B. F. G.*)

81. Fe pública registral. Tercero Hipotecario.—La presunción de exactitud registral es expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *iuris et de iure*, plasmada en el artículo 34 LH, conocida como principio de fe pública registral protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho.

Cuando el artículo 34 LH prevé la protección *iuris et de iure* al tercero hipotecario, lo hace sobre la base de que le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición no conste en el mismo Registro, lo cual significa que no consta en el folio real de la finca en cuestión; es decir, que el tercero hipotecario confía en la transmisión y la adquisición, basado en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su adquisición; pero no, en lo que pueda resultar del conjunto de los libros del Registro, como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición.

En este sentido, la S de 27 de marzo de 1984 mantiene que: «les ampara la fe pública registral que, si de una parte cubre y garantiza la extensión de los derechos reales inscritos, actúa de otra con la base que le presta la hoja registral y por lo tanto no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés»». (STS de 30 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad F. S. P. X interpone acción reivindicatoria contra los demandados, matrimonio propietario —titular registral— y la entidad mercantil vendedora, la cual había ostentado indebidamente su posesión previa como consecuencia de errores en la delimitación de los linderos.

La entidad mercantil contestó alegando falta de prueba de la propiedad de la actora sobre los terrenos reivindicados, su concepto de poseedor en concepto de dueño e inscrito en el Registro de la Propiedad durante un tiempo más que suficiente para, en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, hacer su posición inatacable.

Por su parte, el matrimonio demandado opuso su condición de parte compradora de buena fe con derecho inscrito, por haber adquirido su propiedad mediante contrato formalizado en escritura pública de compraventa y posteriormente inscrito en el Registro de la Propiedad, en el cual no constaba inscripción marginal alguna.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, argumentando la falta del requisito de la identificación del objeto reivindicado.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, al entender que la identificación de la finca litigiosa había sido probada y que «estando ambos títulos o derechos inscritos en el

Registro ambas inscripciones se neutralizan, por lo que la controversia debe resolverse conforme a las normas ordinarias de prelación de títulos y fecha de acceso al registro y en este supuesto es claro el predominio del título esgrimido por la actora que debe ser preferido al ostentado por los demandados». En cuanto a la posible usucapión de la finca litigiosa por suma del tiempo de posesión de los actuales detentadores y de los anteriores siendo esta pacífica e ininterrumpida, la Sala estima que no puede ser estimada «porque el sistema español de usucapión tabular parte del supuesto de que la usucapión es una figura esencialmente civil que se desenvuelve extrarregistralmente».

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar a favor del matrimonio demandando y no haber lugar al formulado por la entidad vendedora, anulando en parte la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

82. La apreciación de la existencia de simulación o de buena fe es una cuestión de hecho.—La apreciación de la simulación fundándose en presunciones es una técnica procesal admitida con reiteración por la doctrina jurisprudencial (así, SSTs de 11 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 12 de julio de 2006, 28 de septiembre de 2006 y 30 de noviembre de 2007). Habilitado dicho mecanismo para revelar la existencia de simulación, lo habitual, por las especiales características con que se presenta la simulación absoluta, es que se tomen en cuenta una serie de indicios, de diversa índole y variables según la operación de que se trate, los cuales, contemplados individualmente, pueden no ser decisivos, pero en su conjunto son reveladores de la simulación efectuada. La fijación de esos indicios constituye una cuestión de hecho.

La presunción favorable a la buena fe, principio que recoge respecto del poseedor el artículo 434 CC, no es obstáculo a esta doctrina, pues también la apreciación de la existencia de buena fe pertenece a la *quaestio facti* revisable en casación (STS de 4 de julio de 2006), por lo que la presunción cede ante la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia.

Concepto de buena fe en el tercero hipotecario.—La jurisprudencia suele identificar la buena fe que se presume a favor del segundo adquirente en el artículo 34 II LH con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o con el desconocimiento de que la cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Las SSTs de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006 también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad es consecuencia de la negligencia de quien debió y pudo conocer la existencia de la transmisión en favor de un tercero frente a quien aparece como titular registral.

Adquisición a non domino por el tercero hipotecario.—La STS del Pleno de 5 de marzo de 2007 ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: 1) Que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmisor que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; 2) Que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a con-

tinuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el del transmisor; 3) Que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de imposibilidad de oponer hechos ajenos al Registro y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro.

Doble venta y protección del tercero hipotecario.—La STS del Pleno de 7 de septiembre de 2007 ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: 1) Que la aplicación del artículo 1473 CC no exige el requisito de «una cierta coetaneidad cronológica [proximidad en el tiempo]» entre las dos o más ventas en conflicto; 2) Que el artículo 1473 CC es aplicable al supuesto en que se consuma la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material (art. 1462.I CC) y, sin embargo, la propiedad acaba perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública (tradición instrumental, art. 1462.II CC), e inscribió su adquisición en el Registro; 3) Que así se logra la concordancia del artículo 1473 CC con los artículos 606 y 608 CC y con la Ley Hipotecaria: con el artículo 34 LH, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con el artículo 32 LH, si la finca no estaba inscrita. De este modo, la consumación de la transmisión por tradición instrumental o entrega mediante escritura pública en favor del adquirente no es obstáculo a la falta de protección del tercero hipotecario si no concurre buena fe, en aplicación conjunta de los artículos 1273 CC y 34 LH. **(STS de 14 de mayo de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don G. (casado con doña L.), don B. y don J. constituyeron verbalmente una sociedad civil irregular para la adquisición de solares y construcción de un edificio, con ánimo de venderlo y repartirse los beneficios obtenidos. Por sentencia del Juzgado de Caravaca, dicha sociedad fue disuelta, fijándose para la liquidación de beneficios y el reparto del bajo comercial no enajenado aún y la maquinaria existente la proporcionalidad de los mismos con las respectivas aportaciones realizadas. Doña L. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Caravaca demanda promoviendo tercera de dominio contra su esposo don G., don J. y don B. por entender que las fincas eran de su propiedad, siendo desestimada la demanda en todas las instancias.

Don A. presentó en Elda demanda de juicio ejecutivo contra doña L. como aceptante de una letra librada a su marido don G. Se dictó sentencia de remate y don A. se adjudicó las mencionadas fincas. Otorgada por el juez de Elda escritura pública, en la que se vendía a don A. las fincas adjudicadas, éste procedió el 7 de mayo de 1991 a venderlas en escritura pública a don Au. El juez de Caravaca adjudicó las fincas a don B. y don J. el 7 de junio, pero presentada en el Registro de la Propiedad dicha escritura fue denegada la inscripción por estar las fincas inscritas a nombre de don A.

El 6 de febrero de 1995, don J. y don B. presentaron demanda contra don A. y don G. y sus respectivas esposas. El 7 de abril, don Au. presentó el título de propiedad de las fincas para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado dictó auto de 28 de marzo de 1995 por el que se acordaba la anotación preventiva de demanda presentada por don J. y don B. y expidió mandamiento al Registrador de la Propiedad el día 24 de abril. La inscripción fue denegada por aparecer inscrita la finca a favor de don Au.

Don J. y don B. formularon demanda contra don A., doña R., don G., doña L. y don Au., solicitando la declaración de nulidad de escrituras públicas e inscripciones registrales de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, declarando la nulidad, en cuanto a las fincas afectadas, de la escritura otorgada a favor de don A., de la escritura pública autorizada a favor de don Au., y de las inscripciones registrales. Contra esa sentencia, recurrieron en casación don G., doña L., don A., doña R., y don Au., siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia la doctrina jurisprudencial sobre la doble venta fijada por la STS del Pleno de 7 de septiembre de 2007, objeto de comentario por Matilde Cuenca Casas en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Vol. 1.º (2005-2007), dirs. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Madrid, 2008, pp. 479-515. (F. J. J. M.)

83. El artículo 37 LH no impide la acción de nulidad frente al tercero que haya inscrito.—El artículo 37 LH impide, salvo determinadas excepciones, el ejercicio de acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias frente a tercero que haya inscrito su derecho, pero no una acción de nulidad.

El contrato sobre bienes de la herencia celebrado por algunos de los herederos sin el consentimiento de los demás, mientras no se les adjudiquen en la partición, carece de eficacia como título para la transmisión del dominio.—El contrato celebrado por sólo alguno de los herederos sobre bienes que integran la herencia, sin el consentimiento de los demás, carece de eficacia como título para dar lugar a la transmisión del dominio, y a tales efectos ha de ser estimado nulo, pues como recuerda la STS de 17 de febrero de 2000, con cita de las de 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 y 25 de septiembre de 1995, «conocida y reiterada es también la jurisprudencia según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la venta es nula por falta de poder de disposición», y así también «cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás» (SSTS de 30 de diciembre de 1996 y la ya citada de 17 de febrero de 2000).

El plazo de cuatro años para las acciones de nulidad no rige en los contratos en que falta el consentimiento de todos los herederos, por ser un requisito esencial que determina su nulidad absoluta.—El artículo 1301 CC, que establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de las acciones de nulidad, ha de ponerse en relación con el 1300 para referirlo exclusivamente a

aquellos contratos en que concurren los requisitos del artículo 1261 y concorra un vicio o defecto de consentimiento, pero no rige para aquellos otros en que falta un requisito esencial como es el del consentimiento de todos los herederos, aunque materialmente el contrato se firme por sólo algunos de ellos, pues en tal caso la nulidad del contrato como título para la transmisión del dominio es absoluta o radical y no puede quedar sujeto el ejercicio de la acción a un plazo que, en todo caso, nunca podría correr desde la celebración del contrato sino desde su conocimiento por los perjudicados (art. 1969 CC).

El artículo 34 LH no es aplicable al supuesto en que los vendedores no figuran previamente como titulares registrales.—El fundamento del artículo 34 LH se encuentra en la protección de la apariencia jurídica que comporta la inscripción registral (STS de 15 de febrero de 1995), de modo que, concurriendo los demás requisitos que dicha norma exige, el tercero queda protegido, mediante la inscripción de su derecho, respecto de los vicios que afecten a la adquisición del titular registral que le transmitió, los cuales quedan purificados para él por razón de la nueva transmisión y su constancia en el Registro de la Propiedad. El artículo 34 no puede ser interpretado de forma extensiva en tanto que supone hacer prevalecer la realidad registral sobre la realidad jurídica extrarregistral, por la única razón de proteger a quien siendo tercero adquiere un derecho de persona que en el Registro de la Propiedad aparece con facultades para transmitirlo, de modo que será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el propio Registro y, por tanto, que el tercero ni conozca (pues, en caso contrario, no sería tercero de buena fe) ni hubiera podido conocer (por figurar en el propio Registro).

De ahí que no se puede invocar la condición de tercero hipotecario cuando faltaba la previa inscripción de los vendedores, por lo que se solicitó y se obtuvo del Registrador la inmatriculación por la vía del artículo 205 LH a raíz de la venta efectuada, por lo que no concurrían las condiciones de previa inscripción exigidas por el artículo 34 LH; o cuando la finca, en el momento de la venta, obraba inscrita en el Registro a nombre del anterior titular —causante de los vendedores— por lo que tampoco se cumplía la condición de que la finca figurara registralmente inscrita a nombre del transmitente en el momento de la venta, como ya exigieron las SSTS de 11 de mayo de 1909, 26 de febrero de 1949, 20 de octubre de 1954, 24 de abril de 1962, 3 de octubre y 22 de noviembre de 1963 y 12 de noviembre de 1970. Es la fe del «tercero» en el contenido registral la que purifica su título y el de su transmitente en lo que a él afecta, y si el contenido del Registro en el momento de su adquisición no proclamaba la titularidad de aquellos que le transmitían, falta tal requisito para su posible configuración como tercero hipotecario y ni siquiera la inscripción posterior del derecho (sólo aparente) de sus vendedores y de su propio derecho le deja a salvo frente a la nulidad del acto de adjudicación de fincas que unilateralmente efectuaron quienes le vendieron las referidas fincas sin solución de continuidad a su adjudicación por título hereditario. (STS de 30 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don C.A. y doña M.C. vendieron unas fincas a don A.D. mediante escritura pública, en la cual previamente aceptaron los vendedores la herencia de don P. y se adjudicaron, entre otras, dichas fincas, todo ello en virtud de un auto judicial de declaración de herederos que, indebidamente, les había declarado como únicos herederos del causante cuando había otros hijos y nietos que pro-

cedían de la rama nacida del primer matrimonio del de cuius con doña M.E.

Don A.D. interpuso demanda contra doña E., don M., doña I. y don S., solicitando se les condenara a desalojar las fincas, dejándolas libres, expeditas y a disposición del demandante, restituyéndolas al mismo con sus frutos y accesorios.

Paralelamente, don B. y doña A. formularon demanda –que se acumuló a aquella– contra doña E., don A.D., doña M., doña R., don C.A., doña M.C., don J.C., don P.E. y demás personas desconocidas e inciertas que pudieran traer causa de los demandados o resultaran herederos de don P., solicitando que se declaren herederos de don P. a sus otros tres hijos, don A.J. y don P.E. como herederos de don P. y su primera esposa doña M.E. y don J.C. como heredero de don P. y su segunda esposa doña A.; se declaren únicos y universales herederos de don A.J. y su esposa doña F. a sus dos únicos hijos don C.A. y doña A., y subsidiariamente, se acordara tener por instada la prevención del abintestado, practicando las medidas indispensables para la seguridad de los bienes que conforman el caudal relicto de don P., y una vez practicadas dichas medidas, proceder en pieza separada a hacer las declaraciones de herederos abintestado interesada, así como la nulidad del anterior auto de declaración de herederos abintestado, de la escritura de aceptación de herencias, adjudicación de bienes hereditarios y compraventa otorgada por doña E. y otros, y de las inscripciones registrales a que dieron lugar la anterior escritura notarial.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda de don A.D. y estimó parcialmente la de don B. y doña A., declarando como herederos de don P. a sus tres hijos: don A.J., y don P.E. como herederos de don P. y su primera esposa doña M.E., y a don J.C. como heredero de don P. y su segunda esposa doña A., y como únicos y universales herederos de don A.J. y su esposa doña F. a dos únicos hijos don B. y doña A.; la nulidad de la escritura de aceptación, adjudicación de bienes hereditarios y compraventa otorgada por doña E. y otros, y la nulidad de las inscripciones que dieron lugar a la anterior escritura notarial. Interpuesto recurso de apelación por don A.D., la Audiencia Provincial lo desestimó. Contra esa sentencia, don A.D. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

DERECHO DE FAMILIA

84. Gananciales: préstamo con garantía hipotecaria a favor del marido: reclamación de la cantidad pendiente de cobro a ambos cónyuges: subrogación en la hipoteca: presunción de ganancialidad.—El marido adquiere un inmueble subrogándose en la hipoteca que lo gravaba para el pago del resto del precio; la adquisición declara el comprador que lo hace para la sociedad de gananciales y así se inscribe en el Registro al amparo del artículo 93.4 RH; en el momento de la adquisición el matrimonio se rige por el régimen de gananciales, pero después otorgan capitula-

ciones y liquidan aquel régimen; en el inventario no figuran ni el bien adquirido, ni la hipoteca que lo grava; la hipoteca se ejecuta y, no alcanzando el precio de remate a cubrir la totalidad del crédito hipotecario, se reclama frente a ambos cónyuges la parte no cubierta; la esposa opone que no intervino en la operación, que fue privativa del marido, adquiriendo el bien para su patrimonio particular y que los bienes gananciales no responden de la deuda contraída para la adquisición del bien. Al analizar esta posición es forzoso precisar que la falta de constancia del bien adquirido en el inventario de bienes gananciales de la escritura de liquidación carece de intensidad jurídica suficiente para hacer significativa esta ausencia en orden a demostrar el carácter privativo del bien (SSTS de 24 de julio de 1996 y 29 de diciembre de 2001, entre otras), de modo que, en caso de duda, habría que inclinarse por la ganancialidad. El artículo 1370 CC dispone que en los supuestos de adquisición por un cónyuge sin el consentimiento del otro a precio aplazado, responderá siempre el bien adquirido, pero añade «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código», y no parece, por ello, que pueda ser interpretado en el sentido de que sólo responde el bien adquirido y no los demás bienes de la sociedad de gananciales, ya que en determinados supuestos la deuda será obligación de la misma (art. 1365) y en tal caso responderán también, directa y solidariamente, los bienes del patrimonio gananciales (arts. 1365 y 1369 CC). En el caso de autos ocurre que el negocio concreto de adquisición se aproxima a la adquisición de un bien a precio aplazado, que en este caso está asegurado con un derecho real de garantía y genera dos órdenes de efectos, unos en cuanto a la adquisición y condición del bien y otro en cuanto al carácter de la deuda contraída o, más exactamente, asumida. El bien adquirido, por analogía con el supuesto de adquisición de bienes por precio aplazado con primer desembolso de dinero ganancial, tendrá este carácter (art. 1356), a lo que debe sumarse la declaración del cónyuge adquirente en el sentido de que adquiere para la sociedad de gananciales. Es lo coherente con la regla general del artículo 1347, 3.º CC y con la fuerte presunción del artículo 1361, el cual, según la lectura del precepto que ha hecho la jurisprudencia exige una prueba fuerte y cumplida en contra para descartar ese carácter, prueba que se ha de referir al carácter privativo del precio o de la contraprestación. La cantidad inicial satisfecha fué pequeña (más el IVA de la operación), y ha de presumirse ganancial. El crédito hipotecario asumido es la parte restante del precio, o viene a estar en función del precio, cuyo pago está asegurado mediante hipoteca. Ahora bien, con ser ganancial el dinero con que se hizo la primera entrega y el bien adquirido, la deuda no es deuda de la sociedad, es decir, no se trata de una obligación de un cónyuge de la que, además del cónyuge deudor hayan de responder directamente frente al acreedor los bienes gananciales. La regla es que por la compra que un cónyuge hace sin consentimiento del otro no se genera una obligación de la sociedad (art. 1367 CC), y el supuesto no es subsumible en el artículo 1365, pues no encuentra en los autos prueba alguna de conexión con el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, ni se detecta una relación con la administración de los propios bienes ni, desde luego, se encuentra vínculo con el ejercicio de la potestad doméstica o con la gestión o disposición de gananciales que por ley corresponda al cónyuge que ha llevado a efecto el negocio adquisitivo. El artículo 1370 resuelve en especial el problema que se plantea cuando la obligación de pagar el precio aplazado, que en nuestro

caso confluye con la de pagar los plazos del crédito hipotecario, no es obligación de la sociedad, y resuelve que el bien responde siempre, aunque sea ganancial y no lo sea la obligación de pagar el precio. El artículo 1362.2.^a CC se refiere a las cargas de la sociedad y tampoco resuelve el problema suscitado.

Incongruencia: *reformatio in peius*: doctrina general.—La sentencia recurrida, al revisar la posición de los demandados —a saber, el matrimonio embargado y ejecutado— respecto de la subrogación en la hipoteca, con la consiguiente modificación de la sentencia que empeora la situación de la parte recurrente, sin que los afectados lo hubiesen solicitado, ni hubieran recurrido la sentencia en que implícitamente se aceptaba la posición de la parte actora, incide en incongruencia, en su modalidad de reforma peyorativa o *reformatio in peius*, toda vez que no se constatan razones procesales de orden público que, en defecto de petición de parte, pudieran apoyar tal posición.

Como decía la STC 204/2007, de 24 septiembre, la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión (SSTS 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 28/2003, de 10 febrero, FJ 3; 120/1989, de 3 de julio etc.). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que está planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste. Pero, al propio tiempo, implica que los órganos judiciales han incurrido en una extralimitación en su actividad decisoria, al ir más allá de los concretos extremos de la resolución impugnada que hayan sido expresamente cuestionados por las partes litigantes (STS 120/1995, de 17 julio, FJ 2). Pues, como ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala, la prohibición de la *reformatio in peius* o regla impuesta al órgano jurisdiccional de apelación que impide empeorar o hacer más gravosa la condena, o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante, responde al principio *tantum appellatum quantum devolutum*, conforme con el más general *principio dispositivo* y según las consecuencias que resultan del artículo 408 LEC 1881, y actualmente 207, 2 y 3 Lec 2000, sobre resoluciones consentidas. Su inobservancia entraña, desde luego, conexiones con las reglas de competencia funcional (el órgano de apelación carece de facultades en el caso concreto para decidir de nuevo sobre lo ya resuelto) y con los efectos de la cosa juzgada, además de constituir un supuesto de incongruencia (STC 17/2000, de 31 enero, FJ 4; SSTS de 28 de julio de 1998 y 17 de noviembre de 1997). Pues, concebido en nuestro sistema el recurso de apelación como una revisión del proceso de primera instancia, que tiene por finalidad censurar los resultados ya obtenidos, de ordinario sobre la base del mismo material instructivo, el Juzgador de la alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimiento y en la misma posición que tuvo el juez originario, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho, aunque siempre sin agravar la posición del apelante, pues los particulares de la sentencia a los que no se extiende el recurso adquieren la firmeza que el consentimiento de las partes les presta (SSTS de 6 de julio

de 1961, 1 de marzo de 1962, 3 noviembre 1982, 24 de febrero y 22 de julio de 1983, 19 de junio de 1999, etc.), dado que las atribuciones del Tribunal *ad quem* derivan de la pretensión de la parte recurrente y los límites de ellas son los límites de aquellas atribuciones (SSTC 8/1999, de 8 febrero; 17/1989, de 30 enero; 17/2000, de 31 enero; SSTS 16 de marzo de 1988 y 5 de mayo de 2004).

Litisconsorcio pasivo necesario como posible excepción de la *reformatio in peius*.—Tal parece ser la justificación que arguye la sentencia recurrida, en base a un litisconsorcio pasivo necesario que se habría producido al dirigir la demanda contra ambos esposos, a quienes se ha colocado en situación de solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en situación procesal, pero el argumento no es convincente, en tanto no viene a justificar la posibilidad del Tribunal de entrar a conocer una cuestión que no ha sido planteada, ni en primera instancia ni en apelación y cuyo examen genera un cambio en la *causa petendi* que deriva hacia la incongruencia, toda vez que el deber de incongruencia expresa una necesaria correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo, pero teniendo en cuenta el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, que incluye lo que se pidió al juez y la razón de ser de esta petición, y la mutación sobrevenida de la razón de pedir, en este caso, genera indefensión. (STS de 20 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La entidad bancaria ejercita una acción personal de reclamación de la cantidad pendiente de cobro de un préstamo con garantía hipotecaria, en el que se subrogaron los cónyuges demandados, después de que la acción hipotecaria con base en el artículo 131 LH no cubrió la cantidad reclamada. El Juzgado de Primera Instancia estimó el carácter privativo de la operación, y declaró que no existe una responsabilidad directa de los gananciales por las deudas derivadas de actos dispositivos realizados por uno sólo de los cónyuges; declara procedente la reclamación contra el marido. La Audiencia Provincial confirmó la absolución de la esposa y absolvió también al marido; se basa en que no hay subrogación en la obligación de garantía por incumplirse el artículo 118 LH. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria, aplicando la doctrina extractada, es decir incongruencia por incidir en *reformatio in peius*, adquiriendo eficacia la sentencia de primera instancia. (G. G. C.)

85. Gananciales: calificación de la indemnización por despido: requisitos para considerarla ganancial.—Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que califica de privativa la indemnización por despido, recurre la esposa alegando que tal indemnización no tiene su fundamento en el resarcimiento por daño moral, por lo que no debe considerarse privativa sino ganancial. Son dos las cuestiones que se plantean en este recurso: la fecha de la disolución del régimen económico matrimonial, y la condición de bien ganancial o privativo de la indemnización por despido cobrada por el trabajador antes de la disolución del régimen. En cuanto a la primera, la disolución debe entenderse producida en el momento en que adquirió firmeza la sentencia de separación, lo que no tuvo lugar hasta que recayó sentencia en apela-

ción. Respecto de la segunda, la Sala recuerda que para determinar si la indemnización es ganancial ha de estarse a la fecha de la percepción y a la naturaleza de la misma, doctrina aplicable con matices. Debe distinguirse entre lo que se debe considerar el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo y que tiene carácter de derecho inherente a la persona, y por ende privativo, y el beneficio que se obtiene con el ejercicio del empleo, que es ganancial. Como la indemnización por despido no compensa el derecho al trabajo, que permanece incólume, sino que compensa el incumplimiento del contrato laboral, tiene la misma consideración que el resto de las ganancias obtenidas vigente la sociedad, debiendo excluirse, por tanto, la parte de indemnización que eventualmente corresponda al tiempo anterior a la vigencia de la sociedad. (STS de 28 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

86. Gananciales: liquidación por separación: inmueble adquirido antes del matrimonio.—El bien, adquirido a plazos, ya estaba pagado en el momento de comenzar la sociedad de gananciales exclusivamente por el marido, por lo cual ningún pago se hizo a cargo de la sociedad, aportándose como privativo del marido al matrimonio.

Carácter de otras prestaciones según la jurisprudencia.—Según la STS de 26 de junio de 2007 cabe considerar las siguientes modalidades: a) *Pensiones de jubilación*. Es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales son un bien de naturaleza privativa, habiendo declarado que tal pensión corresponde exclusivamente al esposo que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo, como el hecho de su jubilación (STS de 20 de diciembre de 2003); b) *Pensiones por jubilación anticipada* o, mejor, indemnizaciones por extinción de la relación laboral en un *plan de bajas incentivadas* en la empresa en que el marido prestaba sus servicios. La STS de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos recibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral obtenida después de la separación legal de su esposa, sólo a él afecta con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro y es ajena a los principios de la sociedad; c) Las indemnizaciones obtenidas por el esposo por una *póliza de seguros* que cubría el riesgo de invalidez, se excluyen del artículo 1346, 6.º CC, toda vez que su carácter es totalmente económico, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos (STS de 25 de marzo de 1988, referida al régimen navarro de la sociedad de conquistas); d) La STS de 27 de febrero de 2007, ha considerado que los *planes de pensiones* del sistema de empleo, no hechos aun efectivos en el momento de la disolución de la sociedad, en los que ésta no había efectuado ninguna inversión, deben considerarse privativos del marido; e) *Indemnización por despido*. La doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, debe

tener naturaleza ganancial o privativo: 1.º) la fecha de percepción de estos emolumentos, y 2.º) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad, no siendo gananciales por ser intransmisibles, mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad, tendrán carácter ganancial.

Gastos de comunidad adelantados por uno de los cónyuges: actualización.—Conforme al artículo 1398, 3.ª CC, deben ser actualizados los importes anticipados por uno de los cónyuges en relación con los gastos de comunidad y derramas, de inmuebles gananciales. (**STS de 18 de junio de 2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

87. Unión de hecho: doctrina jurisprudencial sobre sus diferencias con el matrimonio.—Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 184/1990 y 222/1992), como la de esta Sala (SSTS de 17 de mayo de 1998, 12 de septiembre de 2005, y las citadas por ellas) proclaman la diferencia ente la unión de hecho y el matrimonio. Según STS de 12 de septiembre de 2005, *la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio – SSTC 184/1990 y la 222/92, por todas –, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio, con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los artículos 96, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad.* Es cierto que esta última sentencia se pronuncia en un supuesto de reclamación de una cantidad semejante a la de la pensión compensatoria del artículo 97 CC, pero sus planteamientos generales son coincidentes con sentencias anteriores relacionadas con reclamaciones relativas a la liquidación económica de los bienes adquiridos durante la convivencia, ya sea de forma individual por uno de los convivientes, ya sea en comunidad.

Criterios de liquidación de bienes a la ruptura de la unión.—Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse así:

1.º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (así STS de 18 de febrero de 2003); a su vez la STS de 12 de septiembre de 2005, seguida por la STS de 22 de febrero de 2006, declara de forma contundente que las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto.

2.º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los *facta concludentia*, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 de junio de 1998 y 26 de enero de 2006). Por ello, ha entendido que se puede colegir la voluntad de los con-

vientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse de una voluntad inequívoca en este sentido. Las SSTs de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1998 y 22 de enero de 2001, admiten probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia* que consistirá en «la aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común».

3.º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación del régimen económico matrimonial porque, al no haber matrimonio, no hay régimen (STS de 27 de mayo de 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es la exclusión del régimen. Por ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4.º Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita –por medio de hechos concluyentes–, se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede deducirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad.

Unión de hecho que dura unos veinte años: nacimiento de dos hijos de la unión: clínica veterinaria abierta por el varón en la que colabora contractualmente la mujer: convenio a la ruptura sobre hijos, renuncia a pensión compensatoria por inexistencia de desequilibrio, renuncia al arrendamiento de la vivienda común: inexistencia de pacto sobre comunidad de bienes, ni siquiera tácito: interpretación de hechos ocurridos durante el procedimiento.—En el presente caso, los hechos probados no permiten concluir que concurriera la voluntad tácita exigida por esta Sala para que pueda considerarse que existió la voluntad de constituir una comunidad entre los convivientes sobre la Clínica Veterinaria litigiosa. La sentencia recurrida mezcla hechos probados con otros ocurridos durante el procedimiento, y conviene precisar: 1.º) que la actora, doña Julia, había sido contratada por don Mariano y, en consecuencia, hay que deducir que su dedicación a la Clínica veterinaria era una consecuencia directa del cumplimiento del contrato laboral; 2.º) el ofrecimiento de don Mariano, producido durante la tramitación de la apelación, relativo a la financiación de la adquisición de un piso a nombre de un hijo común constituye una forma de compensación y de cumplimiento del convenio relativo a la obligación de alimentos contenidos en el llamado convenio regulador; 3.º) el ofrecimiento de unas cantidades y de un contrato laboral a doña Julia durante el presente procedimiento no puede interpretarse como un hecho concluyente de reconocimiento de la comunidad, sino como una simple oferta de transacción; 4.º) la ausencia de cualquier referencia a la liquidación de los bienes en el llamado convenio regulador es absolutamente lógica porque nunca se adquirió ningún bien en común; y 5.º) durante la convivencia don Mariano puso a nombre exclusivo de doña Julia una finca, a la que no se alude en la demanda. La estimación del recurso presentado por don Mariano produce la anulación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, así como la revocación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimando íntegramente la demanda de doña Julia. (STS de 8 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Parece que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo trata de frenar las relativamente frecuentes demandas interpuestas con ocasión de la ruptura de las uniones de hecho, ante cierta proclividad de los Tribunales de instancia a reconocerlas con alguna facilidad. Pero se va abriendo paso la idea de que unión de hecho y matrimonio no tienen nada en común, pese a estar situadas en el Derecho de familia. Las reformas del 2005 han traído, paradójicamente y como efecto colateral, una mayor claridad para valorar jurídicamente la posición de quienes, ejerciendo su libertad, optan por convivir sin pasar por el Juzgado o la Vicaría. La conclusión podría ser la siguiente: ¿es que no habría que olvidarse del modelo matrimonial a la hora de elaborar una regulación autonómica de las uniones de hecho? Probablemente por una razón similar acaba de escribir tajantemente Coca Payeras, en VVAA, *Ley de parejas estables de las Illes Balears* (coord. M.^a Pilar Ferrer Vanrell) (Palma de Mallorca 2007), pág. 18, que «mantener junto al matrimonio, la figura de la pareja estable, de ámbito autonómico, es un despilfarro normativo que no responde a la tutela de un interés digno de protección, en la medida en que el matrimonio cubre con creces la tutela de esos intereses». De la jurisprudencia resumida en la sentencia extractada se deduce que, al menos en los territorios donde no conocen leyes especiales en la materia, los miembros de las parejas de hecho deben construir su propio régimen normativo y prever eventualmente las futuras contingencias de su unión, y asimismo en algunas de tales leyes. La sociología muestra que, en la práctica, pocas lo hacen. En el presente caso el Juzgado de Primera Instancia había declarado, sin embargo, una comunidad sobre el, —al parecer—, floreciente negocio montado por don Mariano, representado por una Clínica veterinaria, y declaró la liquidación de la empresa al 50%. La Audiencia Provincial, de forma curiosa, establece el porcentaje de distribución en 2/3 a favor de don Mariano, y 1/3 a favor de doña Julia. Pero el Tribunal Supremo declara que no se ha probado, ni siquiera por hechos concluyentes, la existencia de tal pacto entre los convivientes. Y ello a pesar de que las partes aportan a los autos un sedicente convenio regulador de la ruptura de su prolongada relación. La actora pretendía que aquél se declarase nulo en sus aspectos patrimoniales, porque ciertamente su contenido en nada favorecía a su pretensión de que el Juez declarase la existencia de una comunidad (¿universal?) de bienes vigente durante veinte años entre los convivientes. (G.G.C.)

88. Unión de hecho: siete años de duración: falta de prueba del enriquecimiento de uno de los convivientes que hubiera producido desequilibrio económico en contra del otro.—Aunque la recurrente concentra inicialmente su esfuerzo argumental en sostener que la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado la doctrina jurisprudencial conforme a la cual se ha de estar a los pactos expresos o tácitos de los convivientes que patenten la voluntad de constituir una comunidad o una sociedad particular o universal, no es ésta la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, sino más bien la imposibilidad de apreciar, visto el resultado de la prueba de los autos, la existencia del desequilibrio patrimonial, y, por ende, del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento que habría de justificar el reconocimiento

del derecho cuya efectividad reclama la actora, en la alegada condición de conviviente perjudicado por la ruptura de la relación. Es tajante la sentencia impugnada al afirmar que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a la demandante tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo. Tampoco ha resultado acreditado que tras el fin de la convivencia la actora se hubiese encontrado con dificultades para encontrar empleo; como no se ha probado que haya sufrido una merma en sus ingresos, ni, en fin, deterioro de su situación económica. Falta la prueba de los presupuestos que, en aplicación como principio inspirador, de la doctrina del enriquecimiento injusto, justifican la compensación por el desequilibrio económico sufrido a resultas del cese de la relación; del mismo modo que, dada esa resultancia probatoria, la pretensión de la recurrente se encuentra injustificada desde la aplicación del principio de la protección del conviviente perjudicado, o desde la consideración de la procedencia de la compensación con fundamento en la extensión de las consecuencias previstas para la disolución del vínculo matrimonial, pues en todo caso falta el presupuesto que habilita el reconocimiento de tal derecho, cual es la constancia del equilibrio económico sobrevenido al final de la relación, que aquí se encuentra carente de toda prueba.

Inaplicación de la Ley catalana de 1998 sobre uniones estables de pareja.—Esta ley deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes, la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia, si bien establece un complejo mínimo de derechos irrenunciables (art. 3.º, en relación con los arts. 13 y 14), pero dicha ley no alcanza *ratione tempore* a la unión de hecho formada en su día por los litigantes, disuelta antes de su entrada en vigor, cuestión pacífica entre los contendientes. (STS de 8 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Con la misma fecha hay otra sentencia de la Sala 1.ª, por lo cual en ambas se añade como identificativo el número indicativo anual de resoluciones de aquélla. Aunque son diversos los Magistrados que formaron Sala en cada caso, la doctrina es sustancialmente idéntica. En el presente pleito el Juzgado de Primera Instancia condenó al varón a pagar una pensión de 20.000 pesetas mensuales a la mujer conviviente, pero la Audiencia Provincial la revocó, lo que ratifica el Tribunal Supremo. Transcurre una decena de años (1998-2008) entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la presente de la Sala 1.ª, lo que sigue pareciendo excesivo. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

89. Sucesión testamentaria: el derecho aplicable a las disposiciones mortis causa realizadas en el extranjero y la validez de un trust del causante.—El derecho aplicable a las cuestiones sucesorias es el de la nacionalidad del causante. La jurisprudencia ha destacado que la aplicación por

parte de un Tribunal español del derecho extranjero es una cuestión de hecho, por lo que, aunque el derecho extranjero sea efectivamente el aplicable a la sucesión del causante, procesalmente es imprescindible acreditar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y su autorizada interpretación (SSTS de 27 de diciembre de 2006 y 4 de julio de 2007). Cuando no sea posible acreditar con seguridad absoluta el contenido y el alcance de la normativa material extranjera aplicable, el tribunal español deberá juzgar y dictar sentencia conforme a su derecho nacional.

En este sentido, un *trust* constituido *mortis causa* carece de norma específica de conflicto en derecho español. A su vez, ha de rechazarse la validez del *trust*—como negocio jurídico por el que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar dicha propiedad en beneficio de otra—, ya que si bien es un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del *Common Law*, carece de un derecho material aplicable en el derecho español. (STS de 30 de abril de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don A., de nacionalidad norteamericana, fallece casado con doña A. y bajo testamento firmado y publicado de conformidad con las normas del Estado de Arizona. En él, legaba todos los bienes inmuebles a su esposa, si ésta le sobrevive por un periodo de cuatro meses. A su vez, se encontraba en vigor un *trust* de ambos esposos sobre determinadas pólizas de seguro de vida que incluía un apartado D donde el difunto don A. indicaba literalmente que «en el que caso de que yo tenga cualquier interés en bienes raíces o inmuebles en España al tiempo de mi fallecimiento, dispongo de dichos intereses se atribuyan en su totalidad al *trust* del que es beneficiaria mi hija J.». En ejecución del testamento, entre otros bienes inmuebles, doña A. se adjudicó la mitad indivisa de un chalet en Colmenarejo, el cual vendió a doña S. La hija del fallecido, doña J., interpone demanda contra su madre y contra doña S., y solicita que se declare la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia y de la compraventa realizada. Las demandadas se opusieron por separado a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, de nuevo, desestima el recurso, confirmando la resolución de instancia. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (S. E. M.)

90. Sucesión testamentaria: la transmisión a los herederos del derecho a percibir una indemnización por expropiación.—Reciente jurisprudencia ha considerado que el derecho a percibir una indemnización por expropiación se transmite a los herederos del titular del bien expropiado (STS de 17 de julio de 2007). Según esta doctrina, no es correcto afirmar que el derecho a percibir la indemnización por expropiación o que la indemnización misma, sean derechos de crédito personalísimos del causante que no pueden ser ejercitados por los herederos del titular y que no forman parte del caudal relicto. Tanto el derecho a percibir la indemnización por expropiación forzosa, como la propia indemnización devengada tras el fallecimiento, sea líquida o no, son transmisibles *mortis causa*, ya que forman parte del conjunto de derechos del causante.

Igualmente, es legítimo considerar como fruto o renta dicho derecho de indemnización en virtud de lo establecido en los artículos 354 y 355 CC y, por ello, transmisible por vía de legado en aplicación del artículo 882 CC (STS de 13 de junio de 1994). Esto es así, en primer lugar, porque el justiprecio recibido por la expropiación parcial de una finca legada comparte la misma titularidad dominical que la finca de la que procede, siempre y cuando no se deduzca otra cosa de la voluntad testamentaria. Y, en segundo lugar, porque dado el carácter indemnizatorio del citado justiprecio, cuyo fin es reparar el daño producido por la privación total o parcial del dominio, que se une directamente a la cosa expropiada, su naturaleza es próxima al fruto civil, puesto que su atribución no se hace depender de la persona que en el momento de iniciar el expediente de expropiación forzosa fuese el titular, sino que en todo caso hace surgir un derecho de crédito frente a la Administración expropiante. (STS de 5 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los hermanos don S. y don L. M. demandan a sus hermanas doña M., doña J. y doña A. y a los albaceas don M. y don L. M. Se impugna la validez del cuaderno particional por carecer el testamento de su padre de la institución de heredero respecto de parte de los bienes y se reclama la rendición de cuentas de los albaceas por la no inclusión voluntaria de una determinada cantidad de dinero. Igualmente, solicitan que se proceda a la apertura de la sucesión intestada para que se realice una nueva partición, previo inventario, avalúo, división y adjudicación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que el testamento del fallecido no ofrecía dudas sobre la voluntad del mismo, donde se instituía como herederos a sus cinco hijos, con distribución de todos sus bienes; y que se consideró que el cuaderno particional tenía una claridad diáfana y que la cantidad mencionada se correspondía con la indemnización por expropiación de la finca que fue donada a una de las herederas. La Audiencia desestima el recurso de apelación, reiterando que la cantidad reclamada no podía ser distribuida entre los herederos, ya que como indemnización por expropiación le correspondía a la heredera a la que la finca expropiada le había sido legada. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima íntegramente y confirma la resolución recurrida. (S. E. M.)

91. Reserva viudal que concurre con reserva lineal sobre los mismos bienes en la persona de un mismo reservista y con distintos reservatarios.—De acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 4 de enero de 1911 y 21 de enero de 1922), en el caso de colisión de ambas reservas en la persona de un mismo reservista y respecto de unos mismos bienes, con distintos reservatarios, ha de prevalecer la reserva tradicional, ordinaria o viudal sobre la reserva lineal. Por tanto, si quedan hijos o descendientes del primer matrimonio del ascendiente reservista, queda inoperante la reserva que pudieran pretender los parientes del tercer grado. Tal preferencia se justifica porque la reserva ordinaria se establece a favor de parientes que se sitúan en la misma línea y en el grado más próximo y por el carácter tradicional de la reserva viudal en nuestro derecho

histórico respecto a la reserva lineal, que se incorpora por primera vez en el Código civil. (STS de 5 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don A. fallece el 20 de marzo de 1942, bajo testamento otorgado el 19 de febrero de ese mismo año, en el que se recoge, entre otras disposiciones, el legado de una bodega a favor de su nieto don E., nacido del primer matrimonio de don J. (hijo del testador). Además de don E., de ese primer matrimonio de don J. nacieron doña S. y doña R. Desafortunadamente, el legatario don E. fallece intestado en febrero de 1954, sobreviviéndole su padre que, en consecuencia, hereda del mismo la citada bodega. Don J. fallece en 1978 bajo testamento otorgado dos años antes, en el que lega a su segunda esposa una serie de bienes privativos y la mitad de sus gananciales, mejorando a las dos hijas de su segundo matrimonio; concretamente, deja la mencionada bodega a una de ellas en concepto de mejora. Así las cosas, las dos hijas del primer matrimonio solicitan que se declare a su favor y sobre la referida bodega, la existencia de una reserva hereditaria no cumplida por don J.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad del legado. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia impugnada y declara conforme a derecho el legado otorgado por don J. a favor de su hija. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las hijas del primer matrimonio de don J. (M. C. C. M.)

92. Utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria.—El artículo 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho. En consonancia con ello, aunque se admita la facultad de cada coheredero de servirse de las cosas comunes, ha de considerarse ilegítima la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás. De igual forma, la facultad de uso que corresponde a los condóminos está sujeta a las limitaciones derivadas del artículo 397 CC, según el cual, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran derivar ventajas para todos. Las alteraciones materiales a las que se refiere esta norma son aquellos actos que afectan a la sustancia de la cosa o modifican su destino, pues para los actos que van más allá de la administración y suponen una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad se precisa la unanimidad de todos los condueños. Sólo son admisibles como válidos y eficaces los actos particulares de los comuneros, si no consta el asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redunde en claro provecho de la comunidad, pero no en el caso contrario, como sucede en el supuesto de arrendamiento o enajenación de la cosa. (STS de 8 de mayo de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los hermanos don R., doña E. y doña S. adquieren la propiedad de una finca en cuanto a una mitad indivisa por heren-

cia de su madre y, en cuanto a la restante mitad indivisa, por donación efectuada por su padre. Doña E. y doña S. la reciben en pago de la legítima de la madre y con cargo a la legítima del padre. Por su parte, el padre se reserva el usufructo vitalicio y nombra a don R. administrador de la comunidad de bienes creada.

Tiempo después, don R. y su padre inician unas obras sin el conocimiento ni el consentimiento de sus hermanas, consistentes en una reforma y ampliación de la finca, que califican en unas manifestaciones notariales como de «necesarias» y que consisten en la construcción de un apartamento que don R. se reserva para su disfrute particular. La reforma de las habitaciones se hace sin que cumplan las medidas reglamentarias para una superior categoría en el negocio hostelero y provocan la destrucción de arcos y estructuras valiosas y sentimentalmente significativas. Queda probado que las hermanas requirieron fehacientemente a don R. para que pusiera fin a tal proceder, aunque aquél hizo caso omiso a este requerimiento.

Cuando el padre cuenta con más de noventa años de edad, en su calidad de usufructuario, arrienda la referida finca por treinta años a su hijo con la facultad de subarrendarla, para que de esta forma se reintegre con dicho contrato la inversión que había realizado para efectuar las obras. Haciendo uso de tal facultad, don R. subarrienda la finca a una mercantil durante un periodo de doce años, por una cantidad anual cuatro veces inferior a la abonada por los anteriores arrendatarios de la finca. Pese a que la subarrendataria abona en un solo acto la renta arrendaticia correspondiente a las doce anualidades del contrato, don R. se niega a hacer pago a sus hermanas de las rentas devengadas desde el fallecimiento del usufructuario en agosto de 1997.

Por todo ello, ambas hermanas demandan a don R. y a la mercantil subarrendataria de la finca, solicitando, entre otros muchos extremos, que se declare el cese de don R. como administrador de la comunidad de bienes, que se le condene a rendir cuentas y liquidar las rentas arrendaticias devengadas desde el fallecimiento del usufructuario y que se declaren resueltos los contratos de arrendamiento y subarrendamiento celebrados.

El Juzgado de Primera Instancia declara la obligación de don R. de rendir cuentas de su actuación como administrador, decretando igualmente la resolución de ambos contratos y desestimando la demanda en todo lo demás. La Audiencia Provincial estima íntegramente el recurso de apelación al que se adhieren las demandantes. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don R. en lo concerniente a su condena en costas, permaneciendo incólume en todo lo demás. (*M. C. C. M.*)

93. Comunidad hereditaria anterior a la partición. Propiedad sobre los bienes del haber hereditario.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que, por medio de la aceptación de la herencia, el heredero viene a adquirir únicamente la titularidad de un derecho hereditario abstracto, impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal (STS de 17 de mayo de 1966). Así, por efecto de la aceptación, los llamados devienen herederos, y si la aceptación es pura y simple, devienen responsables con sus propios

bienes de las deudas de la herencia, pero adquieren un derecho abstracto sobre el conjunto de los bienes que conforma el caudal relicto. Su cuota, por tanto, recae sobre el global del caudal hereditario.

Partición del haber hereditario. Propiedad sobre los bienes de la herencia.—La partición atribuye a los herederos el dominio sobre bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1982, 29 de diciembre de 1988 y 3 de junio de 1989). Por tanto, la partición tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el caudal relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, pues no hay obstáculos a que la partición dé lugar a un estado de indivisión sobre alguno de los bienes regido por las normas de la comunidad ordinaria (SSTS de 20 de octubre de 1992, 6 de marzo de 1999 y 28 de junio de 2001). Esto determina que la acción de partición hereditaria sea un presupuesto necesario de la acción de división de la cosa común, por lo que no es automática la aplicación a ésta del artículo 1062 CC.

Doctrina sobre el ejercicio de la acción de división de la cosa común por los coherederos antes de la partición hereditaria. Regla y excepciones.—El Tribunal Supremo parte de que no cabe la división de la cosa que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria. Por ello, ha declarado en diversas sentencias la improcedencia del ejercicio de la acción de división de la cosa común cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria, por no haberse producido la partición del caudal hereditario (ver al respecto, STS de 28 de mayo de 2004). No obstante, hay que tener en cuenta que esta doctrina se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por los coherederos sobre bienes del caudal relicto antes de la partición (entre otras muchas, SSTS de 11 de abril de 1953, 21 de julio de 1986, 14 de octubre de 1991, 30 de diciembre de 1996 o 6 de octubre de 1997) y que no siempre es posible aplicar con rigor lógico el esquema conceptual al que responde, puesto que, en la realidad del conflicto suscitado, los intereses en juego pueden reclamar —para la realización de la justicia— un tratamiento más incisivo en la definición de las posiciones de las partes, aun cuando menos ajustado al esquema conceptual enunciado. Así ocurre, por ejemplo, cuando hay un único heredero, cuando se acepta la validez y eficacia de una venta de bienes hereditarios anterior a la partición, si hay acuerdo de todos los coherederos (STS de 7 de junio de 1958) o cuando existe un único bien en la masa hereditaria y, por tanto, se entiende que se han de considerar condueños del mismo todos los herederos, aun antes de la partición (STS de 12 de febrero de 1904). Siguiendo esta interpretación flexible, puede admitirse el ejercicio directo de la acción de división de la cosa común, sin una previa acción de partición de la herencia, cuando ha existido una partición *de facto* y la oposición a la acción de división se apoya en razones meramente formales, dando lugar a una tensión entre un derecho aparente, formal, e intereses cuya traducción a derechos no debería ser impedida por consideraciones meramente conceptualistas, aunque sólo sea por un mero criterio de economía procesal. El artículo 1068 CC no puede interpretarse en el sentido de que, de no haberse producido la partición, los herederos no tengan propiedad, pues se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto, al menos en los casos excepcionales ya indicados.

Diferencias entre la acción de partición hereditaria y la acción de división de la cosa común.—Aunque la comunidad hereditaria constituya un tipo especial de comunidad que queda comprendida en el marco general de la comunidad de bienes, posee características propias que la erigen en una categoría intermedia (STS de 17 de mayo de 1963), por ejemplo en cuanto a la posesión sobre los bienes, que es meramente ideal y no real sobre bienes concretos (SSTS de 25 de noviembre de 1961 y 21 de marzo de 1968). A partir de esto, señala el Tribunal Supremo que existen, al menos, tres importantes diferencias entre las acciones de partición hereditaria y de división de la cosa común. En primer lugar, en cuanto a los legitimados activos, en la acción de división de la cosa común, son los comuneros, y, en cambio, en la acción de partición hereditaria, además de los coherederos, están legitimados activamente el cónyuge supérstite, los legatarios de parte alícuota y los acreedores de la herencia. En segundo lugar, en cuanto a quién realiza las operaciones divisorias: en la acción de división se ocupan de ello los propios interesados (salvo que se sometan voluntariamente la decisión a árbitros o a terceros), en la partición, en cambio, pueden realizar estas operaciones el testador, los contadores-partidores o comisarios designados por aquél o los propios coherederos. Por último, en cuanto al objeto, hay un solo objeto en la acción de división, mientras que la partición de la herencia se extiende al conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al causante. (STS de 25 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Parte de los herederos integrantes de una comunidad hereditaria pretenden ejercitar, antes de la partición hereditaria, la acción de división de la cosa común sobre uno de los inmuebles integrantes del haber hereditario. A esta división se opone uno de los herederos, que, precisamente, habita la vivienda respecto de la que se pretende la división. Los coherederos favorables a la división instan judicialmente la acción de división de la cosa común contra el heredero que se opone a la misma. Éste alega, principalmente, la falta de legitimación activa *ad processum* y *ad causam* de los actores, que no eran copropietarios del bien —sino únicamente comuneros herederos—, ya que no se ha procedido aún a la partición de la herencia. Por tanto, considera el demandado que se debería haber pedido previamente la división de la herencia y la adjudicación de los bienes, y seguir para ello el procedimiento de testamentaría. Argumenta consiguientemente que, hasta que los herederos no transformen la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria por medio de la partición, carecen de acción para provocar la división de la cosa común.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que había que entender tácitamente aceptada la herencia por todos los contendientes —puesto que, entre otras actuaciones, los coherederos habían procedido por acuerdo al reparto de ciertas sumas de dinero— y que, pese a no haberse seguido el procedimiento de testamentaría, los comuneros podían ejercitar la acción de división respecto de un bien, sin perjuicio de que en cualquier momento se instara por cualquiera de los comuneros el procedimiento de división hereditaria. Por tanto, estimó la demanda y declaró haber lugar a la disolución de la comunidad existente sobre la vivienda. El demandado interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, quien entendió

igualmente adecuado el procedimiento elegido por los actores. Posteriormente, el demandado interpuso recurso de casación. (A. M. M.)

DERECHO PROCESAL

94. Jurisdicción civil. Doctrina de los actos separables. Competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del cumplimiento de un contrato privado si la Administración no se ha pronunciado previamente sobre su validez por incumplimiento de los requisitos administrativos.—Tanto la Ley de creación del organismo público en cuestión como su Reglamento desarrollador, someten la actividad contractual de aquél al régimen del derecho privado. De manera que, conforme con la doctrina de los actos separables, le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de los actos administrativos previos a la perfección del contrato. Sin embargo, esta doctrina no puede conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente. Pues la inexistencia de acto administrativo separable no puede traducirse en que el administrado deba provocarlo previamente, y después impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como corolario de una inicial reclamación del cumplimiento del contrato en vía civil. Imponerle al administrado dicha obligación supondría una carga desproporcionada que vulneraría injustificadamente su derecho a la tutela judicial efectiva. (STS de 28 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor demandó en vía civil al Instituto Madrileño de Desarrollo el pago de los honorarios por el arrendamiento de servicios profesionales, relativos a la ejecución de determinados proyectos de seguridad e higiene y control de calidad de un edificio de oficinas. La Administración demandada opuso la incompetencia de la jurisdicción, alegando la inexistencia de los contratos por no haber existido actuación preparatoria administrativa de clase alguna y por carecer quien firmó en nombre del organismo de capacidad para obligar por sí sólo a la entidad. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial declararon la incompetencia de jurisdicción, basándose en que, pese a la naturaleza privada de dichos contratos, los motivos de oposición de la demandada debían ser conocidos por los tribunales del orden contencioso-administrativo, de acuerdo con la doctrina de los actos separables. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor. (I. D. L. S.)

95. Deslinde marítimo-terrestre. Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del derecho a obtener, como indemnización expropiatoria, la concesión temporal de explotación de los terrenos a que se refiere la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley.—La Ley de Costas de 1988 contempla en su DT 1.ª una satisfacción a la garantía indemnizatoria que prevé el artículo 33 CE, al compensar la pérdida de una efectiva titularidad dominical sobre unos bienes que pasan a integrar el dominio público, con el otorgamiento de una concesión

que permite el mantenimiento de los usos y aprovechamientos existentes por un plazo máximo de sesenta años. De manera que la pretensión de declaración de nulidad de la inscripción del dominio a favor del Estado, así como la de aplicación de esa Disposición Transitoria 1.^a, concediendo la indemnización que prevé en forma de concesión, y la diferencia de valor entre la misma –que es un derecho de aprovechamiento temporal– y el derecho de propiedad limitado temporalmente, son cuestiones cuyo conocimiento pertenecen a la jurisdicción del orden civil, tal como ha reiterado esta Sala en otras sentencias que recogen esta doctrina jurisprudencial (SSTS de 8 y de 21 de mayo de 2008). (STS de 23 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–La actora demandó ante la jurisdicción civil la declaración de nulidad del deslinde marítimo-terrestre practicado por la Administración del Estado sobre varias parcelas de la primera, así como la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Santander la revocó y declaró la incompetencia del orden civil para conocer de las cuestiones vertidas en el pleito. El Tribunal Supremo, acogiendo parcialmente la tesis de la actora, afirmó la naturaleza civil del derecho a obtener una concesión temporal de explotación de los terrenos, prevista en la DT 1.^a de la Ley de Costas de 1988, y dio lugar al recurso de casación. (I. D. L. S.)

96. Cosa juzgada material. Concepto y fundamento.–La sentencia firme produce una vinculación al órgano jurisdiccional al que se le formula el segundo proceso, que le impide resolver sobre el mismo objeto, los mismos sujetos y la misma *causa petendi*, que se constituyen así en presupuestos de la cosa juzgada. Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

El fundamento de la cosa juzgada material radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídicas. También afecta al prestigio de unos órganos estatales, que estaría comprometido si se permitiera ilimitadamente cuestionar lo decidido.

Cosa juzgada material y juicio de desahucio.–La única cuestión que puede ser debatida y resuelta en el juicio de desahucio es la posesión, por lo que los pronunciamientos que exceden de aquella, atinentes a la propiedad, no puede vincular, con efecto de cosa juzgada, al órgano judicial que conoce del declarativo posterior en que propiamente se ventilaba el dominio. (STS de 10 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.–Don Octavio, amparándose en su condición de dueño de los locales ubicados en las plantas baja y sótano de un edificio, promovió inicialmente un juicio de desahucio, contra la comunidad y los propietarios del resto de viviendas que integraban la división horizontal con la finalidad de reintegrar la posesión del espacio en que se encontraban ubicados los trasteros-carboneras y caldera que daba servicio al inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó el desahucio.

Posteriormente, Don Octavio interpuso contra los mismos demandados demanda en la que ejercitó las acciones declarativa de dominio y reivindicatoria. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la decisión de la primera instancia.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo en este caso al aparecer el actor en el Registro como único titular dominical de los locales sitios en sótano y planta baja del edificio, ha de presumirse tanto la existencia de un derecho de propiedad a su favor como que su contenido tiene la extensión que publicita el asiento respectivo, a su vez plenamente coincidente con la escritura de compraventa de fecha 30 de septiembre de 1997 que sirvió de título para dicha inscripción y que no menciona ni entreplanta en la planta baja ni espacio divisorio en el sótano. El Alto Tribunal resalta que la parte demandada no logró destruir esa presunción mediante prueba en contrario acreditativa de la realidad de un pacto entre los litigantes y el promotor constructor del edificio, por el cual ambos elementos (la entreplanta y el espacio de la planta sótano en que se instalaron las carboneras y la caldera) pasaban a ser elementos comunes del edificio, correspondiendo al dueño de los locales únicamente el usufructo del segundo local del sótano y de la citada entreplanta.

Para el Alto Tribunal no cabe apreciar cosa juzgada al faltar la perfecta identidad objetiva a que se refiere el artículo 1252 CC, pues, como señala la S de 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10405), el ámbito de ambos procesos (desahucio por precario y menor cuantía sobre declarativa de dominio y reivindicatoria) no es evidentemente el mismo, no existiendo por tanto identidad de acciones, es decir, de causas de pedir, como exige la norma invocada.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que la cosa juzgada se produce incluso en los juicios sumarios, pero sólo respecto de las cuestiones limitadas que en ellos puedan ser juzgadas, lo que no impide un juicio ordinario declarativo posterior sobre aquellas cuestiones que no pueden ser resueltas en el juicio sumario *vid.* SSTS de 10 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2267), 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8446), 28 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1610) y 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10405). (*M. C. L. J.*)

