

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 115,00 € (más gastos de envío).

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 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.

Jesús Díez del Corral Rivas

El pasado 19 de febrero falleció en Madrid Jesús Díez del Corral Rivas, miembro del Consejo de esta Revista.

Nacido en Zaragoza el 6 de abril de 1933, fue Notario, Abogado del Estado y Registrador de la Propiedad. Ejerció, durante muchos años, como Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, siendo a lo largo de cuatro lustros Jefe del Servicio de Nacionalidad y Estado Civil. A él se deben, casi en su totalidad, las Resoluciones sobre nacionalidad y estado civil dictadas en esa época. Y, asimismo, ejerció un papel muy activo en las reformas de la Ley y el Reglamento del Registro civil, y en las del Código civil en materia de nacionalidad. Este brillante itinerario profesional no agota, sin embargo, su actividad en el campo del Derecho. Muchos de los que hoy nos sentimos vinculados al Anuario de Derecho Civil tuvimos la fortuna de encontrarnos con él en otros ámbitos.

Su preocupación intelectual le llevó a aproximarse a la Universidad. En aquel sistema universitario que encomendaba al maestro la responsabilidad de elegir a sus colaboradores, y algunos ejercían esa responsabilidad con sumo rigor, Jesús Díez del Corral fue depositario de la confianza de Federico de Castro, en cuya cátedra enseñó. Quienes compartieron con él esa tarea pueden atestiguar el rigor con el que la ejerció. No es de extrañar por ello que, hacia finales de los años sesenta, cuando Federico de Castro es llamado a impartir enseñanzas en la Escuela Diplomática, propusiera a Jesús Díez del Corral como profesor de Derecho Consular, actividad que desarrolló durante años.

Jesús Díez del Corral fue también, mucho tiempo, asiduo asistente del seminario de Derecho civil de Federico de Castro, que se reunía los miércoles en el Instituto de Estudios Jurídicos. Fue un miembro activo, que expresaba con solidez y libertad de juicio sus opiniones, con esa enorme afabilidad que siempre le caracterizaba. Si repasamos los índices del Anuario de Derecho Civil encontramos algún trabajo suyo que corresponde a una de sus intervencio-

nes en el seminario. Lleva por título, «La adquisición *a non domino* de bienes muebles en el Proyecto de ley Uniforme y comparación con el sistema español». En la primera nota de este estudio, que veía la luz en 1972, podía leerse algo, frecuente hoy, pero menos usual en aquel momento: «El presente trabajo ha sido realizado con una Ayuda a la Investigación concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia». Y, podríamos añadir, «en el marco del Instituto de Estudios Jurídicos», en el que se editaba este Anuario. El solicitante principal de esa ayuda era Federico de Castro.

A Jesús Díez del Corral podemos encontrarlo, también, en la Comisión General de Codificación. Fue Vocal permanente de la Sección Primera, y, como tal, su opinión, siempre rigurosa e independiente, contribuyó en muchas ocasiones a esclarecer el debate. Es justo dejar constancia de su activa participación en la discusión de la «Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos».

La preocupación intelectual de Jesús Díez del Corral se plasmó en numerosos escritos jurídicos que encontramos recogidos en dos volúmenes que alcanzan dos mil doscientas treinta y nueve páginas, publicados en 2006, bajo el título, «Estudios jurídicos», por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

A esta actividad desarrollada por Jesús Díez del Corral en el campo del Derecho se suma su condición de eminente ajedrecista, que llegó a alcanzar el título de Gran Maestro Internacional. Fue el segundo español en conseguirlo, después de Arturo Pomar.

El Anuario de Derecho Civil siente profundamente la pérdida de Jesús Díez del Corral y se suma al dolor de sus familiares y amigos.

Antonio Manuel MORALES MORENO

Lealtad en el periodo precontractual

(La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto (Bilbao, España)

RESUMEN

Los códigos civiles del siglo XIX, y también algunos del XX, dedican escasa atención a lo que conocemos como «formación del contrato». No se encuentra en ellos más que una parca reglamentación de la oferta de contrato y de su aceptación. En general, no existen normas sobre los denominados «deberes precontractuales», esto es, los que pesan sobre quienes entablan tratos o negociaciones preliminares, tanto en el caso de que el contrato llegue a concertarse como, sobre todo, para la hipótesis de que dichas negociaciones queden rotas o frustradas. No ocurre lo mismo en algunos de los proyectos (diríase «académicos») de codificación europea en materia de Derecho de contratos. En ellos se «tipifican» ciertos deberes precontractuales, e incluso se establecen las consecuencias de su vulneración. Lo mismo sucede en trabajos prelegislativos (proyectos, anteproyectos o propuestas doctrinales) de algunos países europeos o americanos. En el presente estudio se pone el acento en uno de esos «deberes precontractuales», que es el de «lealtad». En definitiva, se trata de analizar cómo se contempla la conducta de las partes en el desarrollo de la a veces denominada «fase precontractual».

PALABRAS CLAVE

Derecho de la contratación.– La formación del contrato – Deberes precontractuales – La «lealtad» de las partes en las negociaciones preliminares.

SUMARIO: I. *Introducción y propósito.*—II. *Las negociaciones preliminares, en códigos europeos y americanos.*—III. *Los deberes en la negociación, según proyectos de codificación europeos.* 1. Los «Principios de Derecho contractual europeo» (PECL). 2. Los «Principios del Derecho contractual comunitario». 3. El Borrador del «Marco común de referencia». 4. El «Código de Pavía» (o «Proyecto Gandolfi»). 5. El *Contract Code* de McGregor.—IV. *Otros trabajos prelegislativos.* 1. La *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. 2. La *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio*, de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. 3. El *Anteproyecto de Código civil de la República Argentina* de 18 de diciembre de 1998. 4. Proyectos de reforma del Código civil francés.—V. *Recapitulación y otras consideraciones.*—VI. *Bibliografía citada.*

I. INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO

1. Sabidos son el escaso relieve y la parca reglamentación que los códigos civiles del siglo XIX atribuyeron a lo que doctrinalmente conocemos como «formación del contrato», esto es, la fase o época anterior al momento en el que el contrato se perfecciona. O, como dice gráficamente el artículo 1.254 del Código civil español, al momento en el que «*el contrato existe*»¹.

Eso no impide advertir que probablemente no sea una casualidad, ni una cuestión de estilo gramatical, lo que el mentado precepto dice: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.» Cuando el texto legal declara que el contrato existe *desde*, parece claro que está en su raíz la circunstancia (evidencia) de que a la *existencia* del contrato precede *algo*. Y, sin duda, ese *algo* consiste en las relaciones, conversaciones, tratos (en definitiva, *negociaciones*) que los luego contratantes han desarrollado para alcanzar la concurrencia de voluntades (*in idem placitum consensus*) que el contrato es². Expresado de otro modo, la

¹ Son escasas las ocasiones en las que el Código español utiliza el verbo *existir*, o voces derivadas de él (por ejemplo, *existencia*). Parece como si el codificador hubiera querido reservar la palabra a acontecimientos o fenómenos de particular relevancia. Por otro lado, hago notar que la palabra «*existe*», en el artículo 1.254, da sentido al concepto de inexistencia (del contrato —y, por extensión, de todo acto o negocio jurídico—), que se acuñó por la doctrina francesa para superar la categoría de *nullidad*.

² Fácilmente se observa que el artículo 1.254 (a diferencia, por ejemplo, del artículo 667, sobre el testamento), no opta por la fórmula de la *definición*, sino por la de *descripción*.

fórmula *descriptiva* del texto legal nos quiere decir *desde cuándo* hay contrato (*existe*), lo que constituye una manera de expresar que con anterioridad ha podido haber una *realidad*, como tal acaso productora de efectos jurídicos, pero *no un contrato*.

La lógica de la norma, desde el punto de vista de la construcción gramatical, e incluso desde la perspectiva, por así decirlo, *conceptual*, se advierte observando en qué consiste el *desde* al que alude: es *desde* que una o varias personas *consienten en obligarse* respecto de otra u otras. Ahí está ya apuntado el *consentimiento*; uno, el primero, de los requisitos esenciales del contrato según el muy próximo artículo 1.261. Elementos que si son esenciales es porque, como dice este último precepto, sin ellos «*no hay contrato*».

A partir de ese artículo 1.261, los siguientes formulan las reglas básicas sobre los tres elementos esenciales en cuestión; por su orden, consentimiento, objeto y causa de los contratos.

El artículo 1.262 se limita a una lacónica manifestación de que «*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de concluir el contrato*», párrafo primero, para el segundo formular una también brevísima alusión a la oferta y a la aceptación; principalmente, para determinar cuándo se entiende que hay consentimiento en el caso de que la aceptación fuese «remitida» al aceptante; esto es, la hipótesis de que oferta y aceptación no fueren simultáneas.

Sobre la base de tan endeble reglamentación, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han construido una teoría de la *formación del contrato*, haciéndolo sobre todo al abrigo de la llamada responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*; esto es, la de las siguientes hipótesis: a) cuando el contrato adolece de falta de validez imputable a una de las partes, que omite informar al respecto a la otra, b) cuando una de las partes de una negociación³ prelimi-

³ Aunque la expresión que goza de mayor tradición es la de *tratos preliminares*, utilizaré sobre todo la palabra *negociaciones*, que me parece más académica y más acomodada al lenguaje actual. Por cierto, de la consulta al *Diccionario de la Lengua Española*, 22.^a edición, Real Academia Española, Madrid, 1991, se desprende que la palabra *trato*, en singular o en plural, corresponde más a un acuerdo ya concertado que a las negociaciones conducentes al mismo. Únicamente la acepción 3 del verbo *tratar* sugiere la idea de comunicarse o relacionarse con alguien, pero sin específica alusión a un acuerdo que se negocia o sobre el que se trata. No obstante, en la citada edición, el *Diccionario* dice que *negociación* significa «*tratos dirigidos a la conclusión de un contrato*», con mención de que es palabra propia del Derecho; esta acepción no aparecía en la 20.^a edición, de 1984. El *trato*, como *negociación ya concluida*, se encuentra en la literatura de nuestro Siglo de Oro; por ejemplo, en la no muy conocida pero excelente *Suma de tratos y contratos*, de Fray TOMÁS DE MERCADO, cuya primera edición fue de 1569 (v. edición y estudio introductorio de Resitituto SIERRA BRAVO, Editora Nacional, Madrid, 1975). Refiriéndome ahora a la lengua francesa, también me parece que la palabra *pourparlers*, tradicionalmente utilizada para significar conversaciones, negociaciones, tratos, es de un cierto casticismo popular. Se observa cómo en la terminología jurídica francesa actual se acude más a la palabra *tractation*, que en los diccionarios bilingües al uso se traduce también como *trato* o *negociación*.

nar no guarda, en el curso de ella, el deber de buena fe, y c), en el caso de que una de las partes, en el desarrollo de negociaciones preliminares, lesionare la integridad física o patrimonial de la otra⁴.

Por lo que respecta a la segunda de las hipótesis citadas, que es la que ahora interesa, la doctrina, partiendo del principio de la libertad que asiste a quien entabla negociaciones para abandonarlas (expresión de la libertad para negociar), considera, no obstante, que la inobservancia del principio de buena fe en los tratos o conversaciones preliminares puede engendrar responsabilidad. No es cuestión de entrar ahora en la calificación que tal responsabilidad deba merecer (es decir, en la de su naturaleza jurídica), pero es igualmente pacífica la opinión de que responde de los daños causados quien inicia o mantiene negociaciones sin intención de concluir el contrato, así como quien las rompe injustificadamente. De este modo, ha sido a partir de la llamada responsabilidad precontractual como los autores y la jurisprudencia han descrito y dado nombre a deberes de conducta que incumben a quien participa en una negociación preliminar.

2. Sentado esto, mi propósito ahora es el de, en primer lugar, describir la forma en la que códigos europeos, y algunos americanos,

En todo caso, la raíz etimológica de la palabra *trato* y de sus equivalentes en francés e italiano (o en otros idiomas, por ejemplo en inglés *treaty*) está en el verbo latino *tracto*, *are*, uno de cuyos significados es «negociar» (SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001). En la literatura jurídica anglosajona, hoy está más extendida la palabra *negotiations*, pero no es infrecuente la utilización del término *bargains*, que se correspondería más con el castellano *tratos*; por ejemplo, en WADDAMS, S.M., *The Law of contracts*, 2.^a edición, Canada Law Book Inc., Toronto, 1984, pp. 17-121. También es frecuente el uso de la palabra *dealings*. Por cierto, ya que me refiero a la doctrina anglosajona, es digna de advertirse la importancia que en ella se atribuye a la existencia o no de «intención» de crear relaciones jurídicas cuando se entablan *bargains*.

⁴ Sobre esta materia, sin ánimo de exhaustividad, proceden las siguientes referencias: ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo* (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991; MANZANARES SECADES, Alberto, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *Anuario de Derecho civil*, 1984, pp. 687-748, y «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp. 979-1009; DE LOS MOZOS, José Luis, «Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 165-186; MEDINA ALCOZ, María, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *Revista de Derecho privado*, mayo-junio 2005, pp. 79-105; TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Precontrato y contrato preparatorio», en *Acciones civiles*, edición digital, director E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2007, y actualización en curso; VALÉS DUQUE, Pablo, «Responsabilidad precontractual, o culpa in contrahendo», en *Teorías y aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, editores Ángel Sánchez de La Torre e Isabel Araceli Hoyo Sierra, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 527-575. Entre las obras de carácter general, v. Díez-Picazo, Luis, *Fundamento del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, citado sobre la 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 267-350.

regulan la fase de formación del contrato⁵, precisamente en la expresión constituida por las llamadas negociaciones preliminares. Para, en segundo término, pero como objetivo principal, poner de manifiesto la forma en que esas negociaciones preliminares son contempladas en proyectos de *codificación europea* del Derecho de contratos. Y, al hilo de esos proyectos, me ocuparé también de la cuestión a la luz de otros trabajos prelegislativos que juzgo dignos de atención.

Pero, naturalmente, el análisis debe circunscribirse a un extremo concreto de los muchos que las negociaciones preliminares sugieren. Va a ser el del significado de las *conductas* de los participantes en los tratos, en función de los *deberes precontractuales* tipificados por los textos que se examinarán. Acaso haya que concluir –otra vez, en Derecho, *nada nuevo bajo el sol*– que no encontramos nada que añadir a lo que nos enseña la *buena fe* –con su contrapunto, la *mala*–, o a lo que fluye, sin más, del *alterum non laedere*, pero, en todo caso, el recorrido por los textos quizá nos sirva para hallar –*de lege ferenda*– casos de *antijuridicidad tipificada* que habían brotado ya de la experiencia jurisprudencial y de la imaginación de los autores.

Creo que tiene particular motivo la atención puesta en las *conductas*, precisamente porque nos estamos refiriendo, sobre todo, a casos de negociaciones que no han llegado a buen término (es decir, ningún contrato se ha concluido), sin perjuicio de que puedan también contemplarse hipótesis de contratos efectivamente concertados pero en los que una de las partes, al negociar, ha incurrido en un comportamiento reprochable. Dicho de otro modo, parece que el *mundo* de los tratos preliminares es terreno particularmente apto para el enjuiciamiento de *conductas* como tales, esto es, al margen o con independencia de lo acontecido entre las partes *después de la negociación*.

De acuerdo con mi propia interpretación sobre el carácter del libro al que se destina el presente trabajo (libro especialmente orientado a las «realidades y tendencias» en relación con *grandes conceptos* –en este caso de Derecho privado–), atribuyo a mi apor-

⁵ Procede una puntualización terminológica. La expresión *formación del contrato* puede entenderse en el sentido de actos o serie de actos que preceden o que pueden preceder a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad (este es el significado que, por ejemplo, atribuye a la locución DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, citado, p. 269). Pero también se dice *formación del contrato* para aludir a las circunstancias que deben concurrir para que el contrato quede perfeccionado. Esto último es lo que se observa, por ejemplo, en el denominado *Borrador del marco común de referencia*, del que luego me ocuparé; en él se distingue entre «formación» (del contrato) y negociaciones preliminares o relaciones precontractuales.

tación un signo preferentemente descriptivo, esto es, no conceptual o dogmático⁶.

II. LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES, EN CÓDIGOS EUROPEOS Y AMERICANOS

Decía al comienzo que los códigos civiles han dedicado poca atención a los tratos o negociaciones preliminares, como expresión o modalidad de la *formación del contrato*.

Es significativo que el Código civil francés, después de establecer las cuatro *condiciones esenciales* para la validez de un contrato (art. 1.108), continuara inmediatamente con preceptos sobre la primera de dichas *condiciones*, esto es, el consentimiento (y, además, sólo para contemplar los supuestos de *vicios* del mismo), sin siquiera una ligera alusión a lo que luego había de ser común en la doctrina francesa y en cuerpos legales de otros países, inspirados en el *Code*. Me refiero a la expresión del *consentimiento* (en el sentido de acuerdo de dos voluntades) como aceptación de una *proposición*. Es decir, en el Código francés no se dispuso una reglamentación de la oferta y de la aceptación, ni como *mecanismo* para la formación del contrato, ni como tiempo, periodo o fase en los que el contrato se va gestando. No obstante, el hecho de que, al referirse el artículo 1.108 al consentimiento, diga de él que es el «*de la parte que se obliga*», dio lugar a que la doctrina y la jurisprudencia francesas desarrollaran una teoría –inicialmente no muy elaborada– sobre la «*constitución*» del contrato a partir de una oferta inicial y de la adhesión a ella, no simultánea, por parte de su receptor⁷.

⁶ En consideración a que el libro se publicará por iniciativa de la Universidad Javeriana y en Colombia, las referencias bibliográficas contenidas en este trabajo superan a las que proporcionalmente son habituales; pretendo ofrecer a lectores que no estén muy familiarizados con la doctrina española sobre la materia –el objeto de este estudio y los pasos académicos dados en relación con la *codificación europea*– un elenco de publicaciones que considero dignas de atención.

⁷ En este sentido, y a modo de ejemplo, es significativa la exposición de COLIN, Ambrose, y CAPITANT, Henry, *Curso elemental de Derecho civil*, edición española con notas de Demófilo de Buen, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo III, pp. 553 ss. De ahí que, en notable contraste, los autores franceses –me refiero a obras de carácter general– dedicaran considerable atención a la «*formación del consentimiento*», incluidos los aspectos psicológicos, y no, en cambio, a la «*formación del contrato*» como tal. Esto ha sucedido hasta época relativamente reciente; por ejemplo, entre las mayores autoridades, CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, edición española con traducción y adiciones de conversión al Derecho español de Zorrilla Ruiz, Manuel María, II, 2, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 156-222. Algo similar ocurrió en el caso de otros códigos civiles europeos (y no europeos) del siglo XIX. Y fue también la doctrina, en cada caso, la que elaboró una teoría de la «*formación del contrato*», que giraba en torno a un meticoloso análisis del consentimiento contractual; en Italia, por ejemplo, GIORGI, Giorgio, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, edición española, Editorial Reus, Madrid, 1929, donde se dedican al *consentimiento* las páginas 118 a 186. La

Algunos de los códigos que siguieron la huella del francés situaron también la médula de la *formación de los contratos* en el consentimiento y su manifestación, no faltando, sin embargo, los que desarrollaron la forma de *perfección* por la «conurrencia» de la oferta y de su aceptación. Fue el caso del Código civil español, en su artículo 1.262 antes citado⁸.

Parece claro, en suma, que los códigos del siglo XIX en relación con la «formación del contrato», sólo se ocuparon de la formulación *conceptual* del principio de concurrencia de voluntades, sin prestar atención al régimen de las negociaciones o tratos hipotéticamente conducentes a la perfección del contrato, ni a las consecuencias de las *conductas* de las partes en esa fase preliminar o preparatoria⁹.

A renglón seguido, resumo la orientación de algunos códigos europeos y americanos, con propósitos puramente descriptivos.

1. En el llamado *Código suizo de las obligaciones*¹⁰, artículos 2 a 10, se contemplan las «obligaciones resultantes de un contrato»¹¹. En ese lugar se regulan, sustancialmente, las figuras de la oferta y de la aceptación¹². Otra alusión a la fase de forma-

corta relevancia atribuida a los tratos preliminares fue superada, en Francia por ejemplo, con la monografía de HILSENAD, Arthur, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Arthur Rousseau, París, 1932 (edición española bajo el título *Las obligaciones precontractuales*, traducción y apéndice relativo al Derecho español de MENÉNDEZ PIDAL, Faustino, Góngora, Madrid, s.d., reimpresión de Analecta Editorial, Pamplona, 2006); el prologuista de la obra, DEMOGUE, René, puso de manifiesto cómo la cuestión relativa a las operaciones materiales en la formación de los contratos siempre había sido un poco abandonada (p. 5). HILSENAD dedicó su atención, entre otros extremos, a la responsabilidad que pueden implicar para las partes las conversaciones preliminares. Algo parecido ocurrió en Italia, donde la monografía de BENATTI, Francesco, *La responsabilità precontractuale*, Giuffrè, Milán, 1963, constituyó el primer estudio profundo sobre el deber precontractual de buena fe, su violación y la naturaleza de la responsabilidad derivada de ella.

⁸ No está clara la inspiración del Código español en este punto; pudieron influir el Código portugués, el austriaco o el argentino, entre otros (así se dice en las concordancias de MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, 4.ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1929, VIII, p. 583). MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, XX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904, pp. 587-592, alude a las posibles influencias del Código portugués o del mejicano.

⁹ El precursor Código civil prusiano, de 1794, sin embargo, había dispuesto que lo establecido en él para el caso de incumplimiento del contrato era también aplicable al supuesto de que uno de los contratantes hubiera descuidado sus deberes durante la conclusión del mismo; no obstante, todo induce a pensar que esta regla se refería, en principio, sólo al caso de que una de las partes del contrato hubiera provocado un *vicio del consentimiento* de la otra, o hubiera ocultado a esta última una causa de invalidez del acuerdo.

¹⁰ Que no fue eso, sino un Libro quinto, «*Derecho de las obligaciones*», del Código civil, según la Ley federal de 30 de marzo de 1911.

¹¹ Formando parte del Título que versa sobre «la formación de las obligaciones».

¹² Creo digno de señalarse que, a pesar de que la oferta sigue siendo en este Código el concepto fundamental de la *formación del contrato*, este último no se define como «conurrencia de la oferta y de la aceptación», sino que, más correctamente, se dice en el artículo 2 que «si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, se reputa que el contrato se ha concluido, incluso cuando los puntos secundarios han sido objeto de reserva».

ción del contrato se hace en el artículo 22, referente a la «*promesa de contratar*», sobre la que también versa el párrafo segundo del artículo 216, relativo a la compraventa de inmuebles. No se encuentra, pues, mención alguna a reglas de conducta en la fase de negociaciones preliminares, sin perjuicio de la relevancia que en ella podría atribuirse al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, según la precursora regla, en tal sentido, del artículo 2 del Código civil¹³. Algunos autores consideran que violar el deber de buena fe y no respetar la confianza de la otra parte constituye un acto ilícito que obliga a la reparación según el artículo 41 del Código de las obligaciones, esto es, el precepto que formula la regla clásica de la *responsabilidad civil*, a imagen del artículo 1.382 del Código civil francés¹⁴.

2. En el Código civil italiano vigente¹⁵, el artículo 1.337 («*Negociaciones y responsabilidad precontractual*») dice que «*las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe*». Y el 1.338 dispone que la parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado conocimiento de ella a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del contrato. Hay motivos para entender que el supuesto de hecho del artículo 1.338 constituye, también, un caso de vulneración del deber de buena fe del 1.337¹⁶.

3. El Código civil griego, de 15 de marzo de 1940, siguiendo también la línea tradicional, contiene una regulación de la promesa de contrato (art. 176), así como la tradicional sobre la oferta y su aceptación (arts. 185 a 193). El artículo 197, sobre «*Responsabilidad a causa de las negociaciones*», dispone que «*en el curso de las negociaciones para la conclusión de un contrato, las partes se deben mutuamente la conducta impuesta por la buena fe y los usos en las*

¹³ Regla que no puede desvincularse de la del apartado 2 del artículo 3: «*Nadie puede invocar su buena fe, si ésta es incompatible con el cuidado que las circunstancias permitían exigir*».

¹⁴ Puede verse un resumen de la doctrina y la jurisprudencia suizas en ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en Droit suisse*, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973, pp. 133-150. El autor, bajo la rúbrica «*La conclusión del contrato*», desarrolla los que él llama deberes negativos y deberes positivos en la negociación preparatoria. Todos los trabajos «*menores*» que he consultado ponen de manifiesto que la monografía de referencia sobre la materia, en Derecho suizo, sigue siendo PIOTET, Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Staempfli et Cie., Berna, 1963.

¹⁵ El de 1865 no hacía ninguna alusión a la conducta de las partes en los tratos preliminares.

¹⁶ Así, en BENATTI, *La responsabilità...*, citado, pp. 51-73. El autor, por cierto, cifra los deberes precontractuales en los de información, custodia y secreto (pp. 35-51), siguiendo opiniones de otros autores italianos. E incluía entre dichos deberes el de declarar las causas de invalidez del contrato, esto es, el tipificado en el artículo 1.338.

relaciones de los negocios»¹⁷. Y el artículo 198, en su párrafo primero, establece que el que causa, por su culpa, un perjuicio a la otra parte en el curso de las negociaciones para la conclusión de un contrato, está obligado a la reparación, incluso si el contrato no ha sido concertado. El párrafo segundo del mismo artículo 198 dice que la disposición relativa a la prescripción de las acciones nacidas de actos ilícitos se aplica por analogía a la prescripción de la acción del párrafo primero.

4. El vigente Código civil de Portugal, de 1966, muestra en este punto su singular sistemática. En las disposiciones generales sobre los contratos, como una de las fuentes de las obligaciones (arts. 405 a 409), no se hace ninguna referencia a la fase de formación. A continuación, los artículos 410 a 413 se destinan a la peculiar figura del llamado *contrato-promesa*. Pero, precisamente como consecuencia de la original sistemática del Código, la materia que me ocupa se encuentra dentro de la reglamentación del negocio jurídico, cuyo primer artículo es el 217. Y es dentro de la Subsección dedicada a la *perfección* de la declaración negocial, a partir del artículo 224, donde se halla la disciplina de dos extremos que hacen al caso. En primer lugar, artículo 227, la «*culpa en la formación de los contratos*»; se establece en dicho precepto que quien negocia con otro la conclusión de un contrato debe, tanto en los tratos preliminares como en la formación de aquél, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder de los daños que culposamente causare a la otra parte¹⁸. En segundo término, los artículos 228 a 235 reglamentan la oferta de contrato y su aceptación o rechazo¹⁹.

5. En el nuevo Código civil holandés el Libro 6 regula la Parte General del Derecho de obligaciones. Su título V versa sobre «*Contratos en general*», refiriéndose su Sección 2 (artículos 217 a 230) a «*la formación de los contratos*». El artículo 217.1 parte de la histórica fórmula de que «*un contrato se forma por una oferta y su aceptación*», siendo estos dos últimos conceptos, la oferta y la aceptación, objeto de los artículos 218

¹⁷ Utilizo la traducción francesa de este Código, *Code civil hellénique*, 10.^a edición, Publicaciones del Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero, Atenas, 1981.

¹⁸ En PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, Coimbra Editora, 1982, I, pp. 215, nota, se expone sumariamente la doctrina que sobre la *responsabilidad prenegocial* se desprende del Código. Los mentados anotadores advierten que la regla del artículo 227 debe extenderse al caso de negocios jurídicos en los que hubiere mediado dolo (arts. 253 y 254). Por otro lado, los mismos autores indican que aunque la responsabilidad en que incurra una parte le obliga a indemnizar a la otra el *interés negativo* (o de *confianza*), excepcionalmente puede ocurrir que, si la conducta culposa de una parte consistiera en la violación del *deber de conclusión* del negocio, su responsabilidad alcanzará a la cobertura del *interés positivo* (o de *cumplimiento*).

¹⁹ El Código portugués anterior, de 1 de julio de 1867, sólo contenía una somera regulación de la oferta de contrato (arts. 650 a 655).

a 225. No hay allí referencia a las negociaciones encaminadas a la eventual perfección del contrato. Lo que no impide que pudieran ser de aplicación a las negociaciones preliminares los artículos 32 a 35 del Libro 3, sobre *actos jurídicos* (pienso en la creación, en una de las partes, de una «confianza razonable»), en relación con los artículos 162 a 168 del Libro 6, esto es, los que formulan las disposiciones generales en materia de obligación derivada de acto ilícito. Me refiero sobre todo al apartado 2 del artículo 162, con su amplia definición de «acto ilícito»: violación de un derecho, o un hacer o no hacer en contravención de una obligación legal, o de lo que según el Derecho no escrito convenga en el tráfico social²⁰.

6. En Alemania, la *Ley de modernización del Derecho de obligaciones*, de 16 de noviembre de 2001, supuso, entre otras cosas, la *codificación* de algunas figuras de origen jurisprudencial. Una de ellas fue la de la *culpa in contrahendo*²¹, expresión acuñada a finales del siglo XIX por Ihering para aludir a la responsabilidad en la que se puede incurrir en la fase anterior a la celebración del contrato, y de la que procede el concepto moderno de *responsabilidad precontractual*. Sobre la base del reconocimiento, a nivel legal, de la relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales²², puede existir *culpa in contrahendo*, entre otros casos, en la iniciación de negociaciones para la celebración o la preparación de un contrato y en la propia preparación²³.

7. Refiriéndome ahora a códigos americanos, y por citar sólo algunos ejemplos, el de Chile, de 1855, introduce lo que hoy llamamos la *formación del contrato* en el Título II de su Libro Cuarto, artículos 1445 a 1469, sobre «*los actos y declaraciones de voluntad*». Se trata, fundamentalmente, de la disciplina de la capa-

²⁰ Utilizo, aunque sin adoptarla del todo, la traducción de VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo, *Derecho patrimonial neerlandés*, edición del autor, Málaga, 1996. Esto, sin perjuicio del uso de la edición trilingüe, holandés, inglés y francés, *Nieuw nederlands Burgerlijk Wetboek het Vermogensrecht*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1990.

²¹ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho civil*, 2002, pp. 1133-1227, en concreto pp. 1135 y 1191-1193. Y con todo detalle, ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Codificación de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 1415-1433.

²² ASÚA GONZÁLEZ/HUALDE SÁNCHEZ, citado, pp. 1420-1421.

²³ Los «grupos de casos» de *culpa in contrahendo*, de la jurisprudencia alemana, fueron examinados por ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo*, citado, pp. 85-191, incluyendo dentro de ellos el de nulidad o anulación por vicios en el consentimiento.

cidad para contratar, de los vicios del consentimiento y del objeto del contrato²⁴.

8. El Código civil de la República Argentina, promulgado el 29 de septiembre de 1869, sigue el modelo doctrinal clásico, en el sentido de situar la «formación del contrato» dentro de las reglas sobre el *consentimiento*. Es al comienzo de la Sección Tercera («*De las obligaciones que nacen de los contratos*») y de su Título I («*De los contratos en general*»). Después de decir el artículo 1.144 que «*el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra*», los artículos 1.148 a 1.156 versan sobre la promesa de contrato, la oferta y la aceptación de ésta. Por otra parte, el artículo 1.329 dispone que, el que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiere ignorado que la cosa era ajena²⁵». Y la Ley 240, de defensa del consumidor, en sus artículos 7.º, 8.º y concordantes, disciplina las condiciones de la oferta y de la publicidad en relación con los supuestos comprendidos en su ámbito.

9. El Código de Colombia (sancionado el 26 de mayo de 1873 y objeto de la Ley de 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional), fue objeto de adición y reforma por la Ley 153 de 1887, de 24 de agosto. En ella, artículo 89, se reguló la llamada «*promesa de*

²⁴ Es el Código de comercio de Chile, de 23 de noviembre de 1865, el que regula (arts. 98 a 105) el mecanismo de la oferta y de la aceptación. La doctrina (por ejemplo, VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edición, Santiago de Chile, 2003, pp. 62-75) es la que se cuida de advertir que los artículos 97 a 108 del Código de comercio se aplican no sólo a los actos mercantiles, sino también a las convenciones que no tienen por objeto un acto de comercio.

²⁵ También en Argentina, han sido la literatura científica y la jurisprudencia las que han construido la doctrina de las *tratativas*; palabra, por cierto, que según el Diccionario de la Lengua Española es la etapa preliminar de una negociación en la que comúnmente se discuten problemas laborales, políticos, económicos, etc., como particularidad lingüística de Argentina, Bolivia, Perú y Uruguay. Como orientación bibliográfica básica, v. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones, II*, cita sobre la octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 133-147. En pp. 147-151, el autor desarrolla la teoría de las *tratativas contractuales* y las nociones de *culpa precontractual* y *culpa in contrahendo*. BORDA admite la distinción conceptual entre estas dos últimas, considerando que la primera de ellas se refiere a la ruptura intempestiva de las tratativas, mientras éstas se han mantenido en el plano de tales, aludiendo la segunda a una etapa más avanzada: exige la formalización de un contrato (luego anulado por el hecho imputable a una de las partes) o, por lo menos, una oferta de contrato. Sin embargo, el autor se pregunta si no es ésta una distinción excesivamente sutil y si no sería preferible emplear la expresión *culpa precontractual* para designar a toda aquella que origina una responsabilidad que no nace del contrato en sí mismo, sino en las etapas previas a su formación. También con carácter sumario, v. ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cita sobre la cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 659-664.

celebrar contratos», con la consiguiente modificación del artículo 1.611 del Código civil²⁶.

10. El anterior Código civil de Brasil, de 1 de enero de 1916, no presentaba ninguna particularidad en lo que me ocupa. Las «*disposiciones generales*» sobre los contratos, artículos 1.079 a 1.091, sólo reglamentaban la oferta y la aceptación.

El actual, de 10 de enero de 2002, contiene, en su Título V del Libro I de la «Parte especial», Capítulo I, una Sección (II) sobre la «*formación de los contratos*»; se trata de los artículos 427 a 435. No obstante, lo que importa aquí es el artículo 422, integrante de la Sección I del mismo Capítulo I, Sección que versa sobre «*preliminares*». El mentado artículo 422 dispone que «los contratantes están obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato como en su ejecución, los principios de probidad²⁷ y buena fe». La Sección sobre la «*formación de los contratos*» trata sobre la oferta y la aceptación.

Por otra parte, la Ley de 11 de septiembre de 1990, sobre defensa y protección del consumidor, regula en sus artículos 30 a 38 los deberes del empresario relativos a la información y a la publicidad.

11. En el actual Código civil de la República del Perú, promulgado el 24 de julio de 1984, dentro de la reglamentación de *los contratos en general*, artículos 1.351 a 1.372, se dispone (art. 1.362) que «los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Y dentro de la reglamentación del *consentimiento*, artículos 1.373 a 1.401, se contiene la relativa a la oferta, a su aceptación, a la subasta, al contrato por adhesión y a las condiciones generales de la contratación.

12. Llama un tanto la atención que un Código civil de reciente factura, como es el de Québec, de 18 de diciembre de 1991, no contenga una reglamentación pormenorizada de lo que doctrinalmente se conoce como «*formación del contrato*»; sólo hay una somera regulación del *intercambio de consentimientos*, realizado —dice el artículo 1.386— «por la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de una persona de aceptar la oferta para contratar que le ha hecho otra persona». El Código de Québec, por lo tanto, se ajusta al esquema clásico, por cuya virtud la expresión característica del *consentimiento* consiste en la formulación de una oferta de con-

²⁶ Es digno de señalarse, como vestigio histórico, que el texto originario del mentado artículo 1.611 decía: «*La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna.*» Las ediciones anotadas del Código ponen de manifiesto que la remisión del artículo 1.611, en su redacción actual, no debe ser al artículo 1.511, sino al 1.502.

²⁷ Traduzco así la palabra portuguesa «*probidade*», que evidentemente corresponde a «honradez», de la que la «lealtad» es una manifestación.

trato hecha por una persona y su aceptación por otra²⁸. Es posible que eso fuera así como consecuencia del designio de mantener el Código civil de Québec, como lo había estado el Código civil del Bajo Canadá, muy próximo al Código civil francés²⁹. De hecho, el Código de Québec contiene sólo una regulación, no muy extensa pero sí puesta al día en lo terminológico, de la oferta y de la aceptación de la misma.

13. Del precedente análisis se desprende que el *Derecho codificado* ha prestado muy poca atención a la época o fase de formación del contrato. Esa formación se contempla, casi metafóricamente, como *concurso* de una oferta y de su aceptación, forma de hablar que, en realidad, lo único que pretende expresar es que, según se ha dicho acertadamente, el contrato no es fruto de una feliz «inspiración» simultánea de las partes que acaban concertándolo³⁰.

En segundo lugar, y por lo que se acaba de decir, los códigos no se ocupan de establecer y definir los deberes de conducta que incumben a quienes participan en negociaciones preliminares. Sólo hay, a veces, una referencia a la buena fe que debe presidir el desarrollo de los tratos.

En tercer lugar, la responsabilidad *in contrahendo* se sostiene sobre la base, precisamente, de la buena fe, bien entendida como canon de comportamiento en el ejercicio de los derechos (en el Código civil español, art. 7.1), bien considerada como criterio de

²⁸ Así se justifica el citado artículo 1.386 en el autorizado comentario del Ministro de Justicia de la provincia francófona canadiense: *Le Code civil du Québec. Commentaires du Ministre de la Justice*, Les publications du Québec, Québec, 1993, I, p. 841.

²⁹ Así se desprende, o al menos lo parece, de la Introducción del propio Ministro de Justicia a la obra, comentario oficial, a la que se refiere la nota anterior. Todo ello no fue obstáculo, sin embargo, para que la Sección III (arts. 1.385-1.424), del Capítulo Segundo («Del Contrato»), del Título Primero («De las obligaciones en general»), del Libro Quinto («De las obligaciones»), se rubricara con las palabras «*De la formación del contrato*», acomodadas a la terminología doctrinal actual y no a la del Código francés.

³⁰ En la más reciente bibliografía española, v. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, y CUADRADO PÉREZ, Carlos, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Real Colegio de España de Bolonia, Madrid, 2003. La concepción del *consentimiento* como concurso de la oferta y de la aceptación, fruto en buena medida del Código civil alemán, se sigue manifestando en algunos códigos, que aun antiguos, han sido objeto recientemente de considerables revisiones. Es el caso del Código civil de Japón, cuyos artículos 521 a 532 regulan la «formación de los contratos»; inspirándose en el BGB, los mentados preceptos versan sobre la oferta y la aceptación y sobre el anuncio público de recompensa: *Código civil japonés*, edición bilingüe con estudio preliminar, BARBERÁN, Francisco, y DOMINGO, Rafael, Aranzadi, Cizur Menor, 2006. En su nota al artículo 521, los citados autores advierten que el Derecho japonés ha asumido plenamente como elementos esenciales del contrato la oferta y la aceptación.

integración del contrato, por analogía³¹. En el trasfondo se encuentra la idea de la *confianza creada*, en una de las partes de la negociación, por las manifestaciones (o, en general, por el proceder) de la otra. Y, en todo caso, gozando de mayor aceptación la calificación de tal responsabilidad como extracontractual³².

Sin embargo, la doctrina ha construido una teoría que puede resumirse así:

Quienes participan en negociaciones preliminares tienen el deber de observar un comportamiento ajustado a la buena fe, tanto al iniciarlas como al mantenerlas (o no interrumpirlas)³³.

Como consecuencia de los imperativos de la buena fe, cada parte tiene también el deber de informar a la otra sobre los extremos necesarios para que esta última forme adecuadamente su voluntad³⁴.

³¹ En el Código civil español, artículo 1.258, por cuya virtud los contratos, desde que se perfeccionan, obligan no sólo a 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.

³² No es el caso del Derecho alemán, pero por la particularidad del régimen de responsabilidad civil de su Código: no existe una «cláusula abierta» de responsabilidad por *cualquier daño* (a diferencia de los ordenamientos que siguen la línea del art. 1.382 del Código civil francés), sino que la «fórmula típica» de responsabilidad es la de imputarla a quien, concurriendo dolo o negligencia, lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno (parágrafo 823 del BGB).

³³ Sin perjuicio de otros trabajos que cito, v. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones: A propósito de la STS (Sala 1.ª) de 16 de mayo de 1988», *Diario la Ley*, 1989, 4, pp. 1112-1119; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 628, pp. 747-788; sobre todo, 747-766; MEDINA ALCOZ, María, «La ruptura...», citado.

³⁴ Deber de información que debe calibrarse en función del nivel de conocimientos de *la otra parte*. Esto es, de lo que ya conocía o se entiende que *debía haber conocido*: es un ejemplo en este sentido el artículo 1.484 del Código civil español, que excluye la responsabilidad del vendedor, por defectos ocultos de la cosa vendida, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos; también, las abundantes reglas en las que se sanciona de una u otra manera a quien se halla en la condición o situación de mala fe (conocimiento de un determinado estado de cosas, de hecho o de Derecho, cuya ignorancia acarrearía distinto efecto jurídico que el que le atribuyen las normas); igualmente, el artículo 16 de la Ley de contrato de seguro, que excluye la sanción al asegurado —que no informa sobre el acaecimiento del siniestro— si el asegurador había tenido conocimiento de él por otro medio; del mismo modo, la regla del artículo 30 bis de la Ley del mercado de valores, que exige del deber de información en relación con los «inversores cualificados», esto es, los que el precepto legal supone buenos conocedores del mercado en cuestión. Debe tenerse presente que no es infrecuente que Leyes especiales impongan, con más o menos detalle, deberes precontractuales de información. Así, en España, la Ley de 15 de enero de 1996, sobre ordenación del comercio minorista, al regular el contrato de franquicia; la Ley de 11 de julio de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley de 17 de julio de 2006, de mediación de seguros y reaseguros privados; Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, texto refundido de 16 de noviembre de 2007; Ley de 7 de diciembre de 2007, de regulación del mercado hipotecario y otros extremos; Ley de 31 de marzo de 2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo. V., sobre esta materia, GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, LLOBET AGUADO, Josep, *El deber de información en*

De otra parte, los intervinientes en negociaciones preliminares tienen un deber de confidencialidad, esto es, un deber de lealtad en la utilización de la información suministrada por la otra parte.

También pesa sobre las partes el deber de custodia y conservación, con la diligencia debida, de las cosas que una hubiere confiado o entregado a la otra en la propia fase de conversaciones o tratos.

Del mismo modo, algunos autores consideran que forma parte de los deberes de cada participante en la negociación el de protección de la persona y del patrimonio del otro³⁵.

Igualmente, se ha hecho eco la doctrina de la frecuente existencia de documentos en los que las partes de la negociación trazan las líneas de la misma, o van plasmando los acuerdos a los que sucesivamente llegan, o definen el esquema del contrato por el que negocian. Son las llamadas «cartas de intenciones» (las *letters of intent* del Derecho anglosajón³⁶).

Por definición, no forma parte del «cuadro» el caso en el que existe una *negativa a contratar*; no llega a haber negociaciones. Sin embargo, hoy se observa la tendencia de aludir a la *negativa a contratar* con ocasión del análisis del principio de libertad en la contratación. Así sucede, por ejemplo, en el *Draft Common Frame of Reference*, al que luego me referiré; en su *Introducción* se dice que el principio general de libertad para contratar debe ser *modificado* cuando de él resultase una discriminación inaceptable, por ejemplo, por razones de género, raza o religión.

la formación de los contratos, Marcial Pons, Madrid, 1996, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

³⁵ No es ésa la opinión de BENATTI, *La responsabilità...*, citado, pp. 79-84. Este autor, que califica ese deber como «deber de conservación», cita, como es habitual en esta materia, la sentencia del *Reichsgericht*, de 7 de diciembre de 1911, que condenó a indemnizar el daño —a título de responsabilidad contractual— al titular de un establecimiento en el que una mujer sufrió heridas en una pierna al caer sobre ella unas alfombras de linóleo que estaba examinando. BENATTI entendía que las obligaciones que derivan del artículo 1.337 del *Codice civile* surgen del «hecho» negociaciones, que están dirigidas a la preparación del contenido del futuro acto de autonomía privada, requisitos éstos que sólo concurren en los deberes de información, de secreto y de custodia. En cambio, HILSENRAD, *Las obligaciones...*, citado, sobre todo pp. 135-159, sí consideró incluidos dentro de los deberes precontractuales el de responder de los accidentes que pueden tener lugar durante la preparación de un contrato; de forma muy casuística, se refirió a daños sufridos en la prueba de un animal, en la de un automóvil, en el ensayo de una cosa, en la visita a un inmueble, en la realización de un trabajo, también a modo de ensayo, etc.

³⁶ Sobre estos últimos extremos, v. TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Precontrato y contrato preparatorio», citado. Siempre, sin embargo, hay «casos nuevos»: ATIYAH, P. S., *An introduction to the Law of contract*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 1981, p. 62, cita el pleito *Hoffman v. Red Owl Stores*, en el que un tribunal norteamericano resolvió que una parte de la negociación que «encadena» a la otra con prolongados tratos, cambiando constantemente sus términos, puede ser declarada responsable. V. también, CARRASCO PERERA, Ángel, «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», en *Aranzadi Civil*, 21, marzo 2006, pp. 15-38.

14. También *de lege lata*, pero fuera de los ordenamientos nacionales en sentido estricto, merece ser citada la Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena.

Sus artículos 14 a 24 regulan la *formación del contrato*. Son preceptos notablemente inspirados por el principio de respeto a la *confianza creada*. Pero, además, debe tenerse presente la capital regla del apartado 1 del artículo 7, que reza: «En 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.»

De otra parte, abunda en la idea de confianza creada, sobre la base de conductas, lo dispuesto en el artículo 8: «1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.»

15. En un plano distinto del normativo se encuentran los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales³⁷.

Obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se ha dicho de ellos que constituyen uno de los esfuerzos más apreciables para uniformar el Derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales y que pueden ser calificados como una moderna *lex mercatoria* internacional³⁸. Su última versión fue publicada en el año 2004³⁹. En su preámbulo, se dice: «Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los con-

³⁷ En castellano, en *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, edición DOMINGO, Rafael, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

³⁸ PERALES VISCASILLAS, Pilar, «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 183-207. Sobre la versión precedente de estos *Principios*, v. MORÁN BOVIO, David (coordinador): *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003. De la «Formación» (del contrato) se ocupó también PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, pp. 107-165, en la obra que se acaba de citar.

³⁹ Localizable en castellano en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>. Asimismo, en *Principios Unidroit sobre los contratos...*, citado.

tratos 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 principios generales del derecho, la *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.»

La Sección 1 del Capítulo 2 se refiere a la «formación» del contrato (artículos 2.1.1 a 2.1.22). Los primeros artículos versan sobre la oferta y la aceptación. A deberes precontractuales aluden los artículos 2.1.15 y 2.1.16, cuyo texto es: «Artículo 2.1.15. Negociaciones de mala fe. (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2.1.16. Deber de confidencialidad. Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte»⁴⁰.

De otro lado, conductas de las partes son contempladas en varios lugares. Así, actuación del destinatario en consonancia con la oferta (art. 2.1.4), acto del destinatario de la oferta (art. 2.1.6), vinculación de cada parte por sus propios actos (art. 2.1.18), etc. Y el primero de los artículos de la Sección, el 2.1.1, dice que «el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo».

⁴⁰ Es singular esta sanción, no basada en el daño de la víctima sino en el beneficio obtenido por el infractor, aunque se matiza con las palabras «podrá incluir». En otro lugar (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil* –coordinador, SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio–, Bosch, Barcelona, 2008, I, pp. 101-105), me he ocupado de este tipo de «reparación», que tiene evidente pretensión disuasoria, o incluso *punitiva*.

III. LOS DEBERES EN LA NEGOCIACIÓN, SEGÚN PROYECTOS DE CODIFICACIÓN EUROPEOS

No es necesario, ni oportuno, que me extienda ahora en ninguna de las muchas consideraciones que suscita el llamado *proceso* de codificación europea. Camino sembrado de enormes dificultades, muchas de fondo y no pocas formales⁴¹.

Lo que, desde luego, puede afirmarse con seguridad es que la posible codificación civil europea ha despertado un enorme interés en el mundo científico y académico, del que son fruto una abundante bibliografía y algunos meritorios proyectos.

Refiriéndome en concreto al Derecho europeo de contratos, parecería que la Comunicación de la Comisión (entonces de las Comunidades Europeas), de 1 de julio de 2001, dirigida al Consejo y al Parlamento –al referirse a su objetivo de entablar una discusión en profundidad, tanto entre las demás instituciones comunitarias como entre el público–⁴², hubiera avivado el fuego de iniciativas *privadas* que hasta entonces, o desde entonces, se

⁴¹ Sigue teniendo actualidad lo escrito al respecto por Díez-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel, en *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, sobre todo pp. 76-121. En otra línea, pero también de interés, CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, y ESPIAU ESPIAU, Santiago, y VAQUER ALOY, Antoni (editores), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Más reciente, *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros, Civitas, Madrid, 2008. V. también CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El hipotético “Código civil europeo”: ¿por qué, cómo y cuándo?», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, I, pp. 347-379. Precisamente sobre el Derecho de contratos, MASIDE MIRANDA, José Enrique, «El futuro Código civil europeo de contratos», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 684, julio-agosto 2004, pp. 1769-1830; ESPINA, Daniel, «El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios UNIDROIT y Principios de Derecho Contractual Europeo», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2431-2484. v., también, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, director BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Bosch, Barcelona, 2009.

⁴² La Comunicación, en su resumen inicial, decía entre otras cosas: «Si se detectan problemas concretos, la Comisión desearía recibir opiniones sobre cómo deberían o podrían resolverse. Para facilitar su formulación, la Comunicación ofrece una lista no exhaustiva de soluciones posibles. No obstante, cualquier interesado puede proponer otras soluciones. —Dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados. —Promover el desarrollo de principios comunes de Derecho contractual no vinculantes, que pueden ser útiles para la redacción de contratos por las partes contratantes, para las decisiones de los tribunales nacionales y las instancias de arbitraje y para la redacción de iniciativas legislativas por los legisladores nacionales. —Revisar y mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho contractual para que sea más coherente y pueda aplicarse a situaciones que no estaban contempladas en el momento de su adopción. —Adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario. Podrían combinarse diferentes elementos: el tipo de acto que se adopte (reglamento, directiva o recomendación), las consecuencias para la normativa nacional (que puede ser sustituida o coexistir), la cuestión de las normas vinculantes dentro del conjunto de disposiciones aplicables, y la posibilidad para las partes contratantes de elegir aplicar el instrumento comunitario o de que las nor-

propusieron el formidable objetivo de preparar y dar forma a proyectos de codificación europea, siquiera fragmentarios o *sectoriales*⁴³.

A continuación, paso a dar cuenta de cómo se contemplan, en algunos proyectos, los deberes de las partes en las negociaciones preliminares o previas al contrato.

1. LOS «PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO» (PECL)

En el año 1999⁴⁴ se publicó la obra *Principles of European Contract Law*, resultado del trabajo llevado a cabo por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, un grupo de juristas reclutados de todos los Estados miembros de la Unión Europea bajo la presidencia del Profesor danés Ole Lando. Esta última circunstancia hizo que el grupo de trabajo fuera frecuentemente identificado y conocido como *Comisión Lando*. Comisión que había comenzado a trabajar en la década de los 70 y que quedó oficialmente disuelta a comienzos de 2001⁴⁵.

De la *Introducción* a la publicación en castellano⁴⁶ de los *Principios* (habitualmente citados, para simplificar, con las siglas de su título en inglés –*PECL*–) se desprende que sus objetivos son: 1. Facilitar el comercio transfronterizo en la Unión Euro-

mas comunitarias se conviertan automáticamente en una red de seguridad de disposiciones que se aplicarían si las partes no han acordado una solución específica.»

⁴³ También en otros ámbitos distintos del Derecho de contratos se han hecho notar los esfuerzos de codificación. Particular mención merece lo hecho en el terreno de la responsabilidad civil. En él, el conocido en el pasado como *Grupo de Tilburg*, ahora *European Group on Tort Law*, publicó en el año 2005, en Viena y en inglés, un completo y valioso texto titulado *Principles of European Tort Law*. Editado no hace mucho en castellano: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, obra coordinada por MARTÍN-CASALS, Miquel, Aranzadi, Cizur Menor, 2008. Sobre el desarrollo de las actividades del *Grupo*, v. MARTÍN-CASALS, Miquel, «El European Group on Tort Law y la elaboración de unos “Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozio)», en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, citado, pp. 217-226.

⁴⁴ Kluwer Law International, La Haya.

⁴⁵ V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Los principios Lando», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 151-182.

⁴⁶ *Principios de Derecho contractual europeo. Parte I y II*, con el subtítulo «Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”, edición: Ole Lando y Hugh Beale», edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003. También hay una traducción al castellano en Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, pp. 21-62. E igualmente traducidos en SCHULTZE, Reiner, y ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de Derecho privado europeo*. Recopilación, edición española a cargo de ARROYO I AMAYUELAS, Esther, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 449-490. En el año 2003 (Kluwer Law International, La Haya) se publicó la Parte III; sobre ella, v. VAQUER ALOY, Antoni, *La tercera parte de los principios de Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. El texto de los *PECL* puede verse en http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm.

pea, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, a la que puedan someter sus negocios. 2. Ofrecer unos fundamentos generales, conceptuales y sistemáticos, como medida para avanzar en la armonización europea en materia de contratos. 3. Realizar una función de mediación entre el *Common Law* y el *Civil Law*. 4. Concretar la moderna *lex mercatoria* europea. 5. Servir de fuente de inspiración para los tribunales y legisladores europeos en el desarrollo de su Derecho contractual propio⁴⁷. 6. Significar un paso importante en el camino hacia la codificación del Derecho contractual europeo⁴⁸.

De hecho, el artículo 1:101 dice: «Art. 1:101. Aplicación de los Principios. (1) Los presentes Principios tienen por objeto ser aplicados con carácter general como Derecho de contratos en la Unión Europea. (2) Los Principios se aplican cuando las partes hayan convenido incorporar los a sus contratos o que tales contratos se rijan por ellos. (3) Los Principios pueden ser aplicados cuando las partes a) hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales de Derecho”, por la *lex mercatoria* o hayan utilizado cualquier otra fórmula análoga; o b) no hayan escogido ningún sistema de normas jurídicas para regir su contrato. (4) Los Principios pueden facilitar soluciones para las cuestiones que se hayan planteado en aquellos puntos en que el sistema de normas jurídicas aplicable no lo haga.»

El Capítulo 2, artículos 2:101 a 2:302, tiene por objeto la «formación» del contrato⁴⁹. Su Sección 1 es de «disposiciones gene-

⁴⁷ De hecho, los tribunales de los países de la Unión Europea vienen apoyándose con frecuencia, como argumento adicional, en los *PECL*. Para el caso de España, v. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «Aplicación jurisprudencial de los Principios de *Derecho contractual europeo*», en *Derecho Privado europeo...* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), citado, pp. 453-500. Con anterioridad, también PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», en *Diario La Ley*, 6725, 31 de mayo de 2007, pp. 1-7.

⁴⁸ Sobre el título del documento, DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, p. 79, dicen: «Ante todo se encuentra el título. Los autores han evitado, probablemente de propósito, la utilización de la idea de código, como por ejemplo, ha hecho el llamado Grupo de Pavía, encabezado por el profesor Gandolfi. De ello no puede, sin embargo, extraerse la conclusión de que en ellos no se contengan reglas. La idea de reglas (*rules*) referida a ellos mismos aparece sin cesar. No son “principios” en el sentido en que esta palabra se utiliza para aludir v. gr. a los principios generales del derecho como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan *a posteriori* un proceso de concreción. La expresión “principios” debe más bien ser entendida como normas de características generales y en este sentido como opuesta a normas concretas o casuísticas.»

⁴⁹ Recurso a la traducción de DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado.

rales», la 2 versa sobre «oferta y aceptación», y la 3 sobre «responsabilidad precontractual»⁵⁰.

Por lo que aquí interesa, extraigo los siguientes artículos:

«Artículo 2:102. Voluntad. La voluntad de una de las partes de quedar jurídicamente vinculada por el contrato se determina por sus declaraciones o conducta, en la forma en que unas y otras fueran razonablemente entendidas por la otra parte.»

«Artículo 2:301. Negociaciones contrarias a buena fe. (1) Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra.»

«Artículo 2:302. Violación del deber de confidencialidad. Si en el curso de unas negociaciones, una de las partes facilitara a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por la pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte»⁵¹.

De estos dos últimos artículos, integrantes de la Sección sobre «responsabilidad precontractual», se desprende la formulación de dos deberes: uno, el de celebrar o romper las negociaciones de acuerdo con la buena fe y la lealtad⁵²; otro, el de guardar u observar confidencialidad sobre la información recibida. El apartado 3 del artículo 2:301, por otro lado, se cuida de determinar en particu-

⁵⁰ V. el comentario a los artículos constitutivos del citado Capítulo 2, obra de LANDO y BEALE, en *Principios...*, citado, pp. 185-274. El mismo Capítulo fue objeto de comentario por DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, pp. 171-200.

⁵¹ Se advierte de nuevo la «reparación» consistente en el beneficio del infractor.

⁵² Buena fe y lealtad en las negociaciones, en los *PECL*, se ponen en relación por parte de TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Damages for Fraud in Case of not Avoiding the Contract», en *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, editor Antoni Vaquer, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pp. 65-75. La autora examina el caso que dio lugar a la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2007, caso revelador de un flagrante fraude en las negociaciones conducentes a algunas relaciones contractuales; el demandante reclamaba indemnización de daños y perjuicios contra tres sociedades vinculadas entre sí y los cinco hermanos y hermanas que administraban dichas compañías. El Tribunal declaró que, con arreglo al Derecho español, eran posibles tres opciones: la anulación del contrato y la consiguiente reclamación de daños, la anulación del contrato sin pretensión por daños, y la reclamación de daños sin la anulación del contrato.

lar (es decir, no es una «cláusula cerrada») qué conducta se considera contraria a la buena fe y a la lealtad⁵³.

La conducta de las partes se encuentra citada, usándose o no esa palabra, en los siguientes artículos: 2:102, «sus declaraciones o conducta»; 2:104, «precauciones razonables»; 2:106, «en la medida en que la otra parte hubiera confiado razonablemente en aquéllos»; 2:202, «era razonable que el destinatario de la oferta considerase la oferta como irrevocable y ha actuado sobre la base de tal confianza»; 2:206, «dentro de un tiempo razonable»; 2:207, «si el oferente comunica al destinatario sin demora que él la considera como tal»; 2:209, «comunica sin retraso a la otra parte»; 2:210, «sin demora».

Por otro lado, creo que puede tener relieve (para caso de conflicto) el artículo 2:105, cuya rúbrica o título, según una traducción, es «cláusulas de absorción»⁵⁴. Se trata de la denominada en inglés *merger clause*, muy frecuente en la experiencia de la contratación, sobre todo en la que entraña un elevado número de documentos intercambiados entre las partes antes de la perfección del contrato.

El texto del artículo 2:105 es: «Art. 2:105. Cláusulas de absorción. (1) Si un contrato escrito contiene una cláusula individualmente negociada, en virtud de la cual el escrito incorpora todos los

⁵³ Una particular perspectiva de las negociaciones preliminares a la luz de los *PECL* se encuentra en MARTÍ MOYA, Vanessa, «Los tratos preliminares en las operaciones de *mergers and acquisitions* a la luz de la unificación del derecho contractual europeo», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 363-375. La autora se refiere, entre otras cosas, a los «documentos preliminares», tales como las *letter of intent* o las cláusulas de «*break-fee*». Y en sus conclusiones dice: «En los últimos tiempos hemos asistido a un creciente fomento de las operaciones societarias de modificación estructural intracomunitarias por parte del legislador comunitario como medida instrumental de la consecución de un verdadero mercado único con plena libertad de establecimiento y de circulación de capital. Las fusiones transfronterizas, las escisiones, la creación de SE o SCE que, previsiblemente, han de verse acentuadas en los próximos años, sin embargo, son procedimientos societarios que implican negociaciones preliminares complejas que han sido tradicionalmente huérfanas de intervención legislativa en sede de sociedades. Resulta, por ello, necesario, a fin de dirimir posibles conflictos precontractuales, acudir al sistema general del Derecho común, que habrá de tener en cuenta las especificidades de los sujetos intervinientes. En efecto, la multiplicidad de órganos intervinientes en estas operaciones societarias conlleva un reparto competencial entre la preparación del negocio, que corresponde a quienes administran la sociedad, y su aprobación o efectiva conclusión que corresponde a los socios. Estos rasgos característicos de las sociedades mercantiles adquieren gran importancia a la hora de delimitar las obligaciones precontractuales y la posible existencia de ilícitos, en especial, en casos de ruptura de los tratos antes de la conclusión del contrato (o, en nuestro caso, de la adopción del acuerdo), pues la libertad de los socios para rechazar una fusión proyectada no puede verse condicionada.»

⁵⁴ Así se traduce en Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *LOS PRINCIPIOS...*, citado, p. 28. En SCHULTZE/ZIMMERMANN, *Textos básicos...*, citado, p. 456, la traducción es la de «cláusula de integridad». De la misma forma, en LANDO/BEALE, *Principios...*, citado, p. 209. Considero que no sería inadecuado recurrir a la traducción literal («cláusula de fusión»), puesto que, efectivamente, «se funden» en un texto contractual todas las declaraciones, promesas o convenios anteriores a él.

términos y cláusulas de un contrato (cláusula de absorción) cualquier declaración, promesa o convenio anterior no incorporado en el escrito no forma parte del contrato. (2) Si la cláusula de absorción no ha sido individualmente negociada, se presume que las partes tenían la voluntad de que sus anteriores declaraciones, promesas o convenios no formaran parte del contrato. Esta regla no puede ser limitada ni excluida. (3) Las declaraciones anteriores de las partes pueden ser utilizadas para interpretar el contrato. Esta regla no puede ser limitada ni excluida excepto en virtud de una cláusula negociada individualmente. (4) En virtud de sus declaraciones o de su comportamiento, una parte puede verse impedida para alegar una cláusula de absorción en la medida en que la otra parte pudo razonablemente confiar en tales declaraciones o conductas.»

Según esta regla, que veremos luego presente, al menos en parte, en algún otro proyecto, las comunicaciones cruzadas entre las partes en el periodo precontractual *pueden ser elementos de juicio para la interpretación en cualquier conflicto derivado de las negociaciones preliminares*. Y entiendo que esto ha de ser así, tanto para el caso de que el contrato llegara a concertarse (formando parte de él la *merger clause*), como para la hipótesis de que no se alcanzara la perfección del contrato⁵⁵.

2. LOS «PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL COMUNITARIO»

Con vistas a la redacción de un marco común de referencia –al que a continuación me referiré–, desde el año 2002 desarrolló su actividad un grupo de trabajo denominado «*Research Group on the Existing Private Law (Acquis Group)*». Funcionó de forma casi simultánea a la actividad de otro grupo de trabajo llamado «*Study Group on a European Civil Code*»⁵⁶. Su finalidad es la de sistematización y consolidación del Derecho privado europeo comunitario. Es decir, persigue el objetivo de ordenar y generalizar las reglas hoy existentes en el «acervo comunitario» (lo que de ordinario se conoce en su denominación francesa como *acquis communautaire*–

⁵⁵ Si el contrato se ha perfeccionado, estaríamos en presencia del criterio interpretativo consistente en los actos de los contratantes, «*coetáneos y posteriores al contrato*» (art. 1.282 del Código civil español), palabras en las que también tienen cabida los *actos anteriores*. Si el contrato no se hubiere perfeccionado, y se calificase la responsabilidad como extracontractual, sería de aplicación el principio general en materia de Derecho de daños (responsabilidad por acto dañoso injusto, mediando culpa del autor), en la medida en que una de las partes actuara sustrayéndose a lo manifestado por ella en las negociaciones.

⁵⁶ Este *Study Group* tiene su origen en la iniciativa del Profesor Christian Von Bar, de la Universidad de Osnabrück.

re), mientras que el *Study Group* opera fundamentalmente sobre el Derecho comparado y los *PECL*⁵⁷.

El grupo al que ahora me refiero, conocido, para abreviar, como *Acquis Group*, publicó el año 2007 el resultado de su propio trabajo, también encabezado por la palabra *Principios*⁵⁸. Existe una traducción al castellano⁵⁹. Su Capítulo 2, sobre «*Deberes precontractuales*», está compuesto por diez artículos, divididos en tres secciones. La 1 es de «disposiciones generales», la 2 se rubrica «deberes de información precontractual», y la 3 versa sobre «deber de prevenir errores en la entrada de datos». Los artículos 2:101 y 2:103 sientan, respectivamente, el principio de buena fe en las relaciones precontractuales y la regla de que quien lleva a cabo o interrumpe las negociaciones de manera contraria a la buena fe, es responsable por los daños causados a la otra.

«Artículo 2:101. Buena fe. En las relaciones precontractuales, las partes deben actuar de buena fe.»

«Artículo 2:103. Negociaciones contrarias a la buena fe. (1) Una parte es libre de entrar en negociaciones y no es responsable si no se alcanza ningún acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que ha llevado a cabo o interrumpido las negociaciones de manera contraria a la buena fe es responsable por los daños causados a la otra parte. (3) En particular, una parte actúa de manera contraria a la buena fe cuando inicia o continúa las negociaciones sin la intención real de llegar a algún acuerdo.»

No se encuentra ninguna diferencia sustancial respecto al régimen de los *PECL*.

En cambio, los artículos 2:201 a 2:206 regulan de manera más detallada que los *PECL* los deberes de información precontractual.

La regla general, por así decirlo, se halla en el artículo 2:201, que reza:

«Artículo 2:201. Deber de informar sobre los bienes o servicios. Antes de la conclusión de un contrato, una parte tiene el deber de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servi-

⁵⁷ V. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «Los principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho civil*, 2008, pp. 211-239. De la misma autora, «Hacia un Derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 209-238.

⁵⁸ Se trata de *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract I*, Sellier, Munich, 2007.

⁵⁹ Obra de ARROYO I AMAYUELAS, *Los principios...*, citado, pp. 219-239. Con anterioridad, también de la misma autora, «La contribución al Marco Común de Referencia de los principios de Derecho contractual comunitario», en *Derecho Privado europeo...* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), citado, pp. 49-157.

cios que la otra parte pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias.»

Los artículos 2:202 a 2:205 tratan, respectivamente, sobre deberes de información frente a los consumidores⁶⁰, deberes de información frente a consumidores en situación de inferioridad⁶¹, deberes de información en comunicaciones en tiempo real y formación electrónica del contrato.

El apartado 1 del artículo 2:206 especifica el alcance del deber de información impuesto al *profesional*. La regla, por lo tanto, se refiere a casos en los que *la otra parte* es un consumidor. Dice el apartado: «Artículo 2:206. Claridad y forma de la información. (1) El deber de información impuesto al profesional no se entiende cumplido, salvo que la información sea clara y precisa y expresada en un lenguaje sencillo e inteligible.» [...]

El artículo 2:207 se destina, básicamente, a establecer la sanción que acarrea la infracción de los deberes de información. Interesa sobre todo, en lo que hace al presente trabajo, el apartado 2 del artículo, por cuanto permite a *la otra parte* reclamar una indemnización, en caso de infracción de los deberes de información, incluso en la hipótesis de que no se haya concluido contrato alguno.

Dice el artículo: «Artículo 2:207. Medios de tutela en caso de infracción de los deberes de información. (1) Si según los precedentes artículos 2:203-2:205 el profesional debe proporcionar

⁶⁰ «Artículo 2:202. Deberes de información frente a los consumidores. (1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2:201 y teniendo en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado, cuando un profesional ofrece bienes o servicios a un consumidor debe proporcionar toda la información material que, en el contexto dado, necesita un consumidor medio para tomar una decisión informada acerca de si desea o no concluir el contrato. (2) Cuando un profesional utiliza comunicaciones comerciales que permiten al consumidor la adquisición de bienes o servicios debe proporcionar la siguiente información, siempre que la misma no se deduzca ya del contexto de la comunicación comercial: –las características principales de los bienes o servicios, la dirección e identidad del profesional, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, y, cuando exista, el derecho de desistimiento; –las particularidades del pago, la entrega, la ejecución de la prestación y el tratamiento de las reclamaciones, si éstas se apartan de las exigencias de la diligencia profesional».

⁶¹ «Artículo 2:203. Deberes de información frente a consumidores en situación de inferioridad. (1) En el caso de transacciones que coloquen al consumidor en una situación de notoria desventaja informativa como consecuencia del medio técnico que se utiliza para contratar, la distancia física entre el profesional y el consumidor, o la naturaleza de la transacción, el profesional, de acuerdo con las circunstancias, debe proveer información adecuada acerca de las características principales de los bienes, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, las condiciones del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes contractuales y los medios de resolución de controversias disponibles. Esta información debe ser proporcionada, a lo más tardar, en el momento de la conclusión del contrato. (2) Si existen deberes de información específicos en relación con situaciones concretas, éstos son preferentes a los deberes generales de información del párrafo (1).»

información a un consumidor antes de la conclusión de un contrato del que el consumidor tiene derecho a desistir, el plazo de desistimiento comienza cuando toda la información ha sido proporcionada. Sin embargo, esta norma no prolonga el periodo de desistimiento más allá de un año, contado a partir del momento de finalización del contrato. (2) Incluso cuando no haya sido concluido contrato alguno, la infracción de los deberes establecidos en los artículos 2:201 a 2:206 permite a la otra parte reclamar una indemnización. Se aplica el Capítulo 8 por analogía⁶². (3) Si una de las partes infringe los deberes de los artículos 2:201 a 2:206, y el contrato ya ha sido concluido, forman parte de su contenido los deberes que la otra parte podía razonablemente esperar como consecuencia de la omisión o de la incorrección de la información. Los medios que sirven para dar satisfacción al perjudicado regulados en el Capítulo 8 se aplican a la infracción de tales deberes.»

3. EL BORRADOR DEL «MARCO COMÚN DE REFERENCIA»

i. En el año 2008 se publicó una obra titulada «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*»⁶³. Se advierte, ya en su comienzo, que se trata del primer borrador académico del *Marco común*

⁶² El Capítulo 8, al que se remite el texto transcrito, lleva por rúbrica la de «Medios de tutela». La Sección 1 contiene unas «reglas generales» sobre definición de incumplimiento y exclusión o limitación de los medios de tutela. La Sección 2 lleva la rúbrica de «Cumplimiento y corrección del incumplimiento», distinguiendo entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias. La Sección 3, «Resolución del contrato y reducción de la prestación», comprende artículos sobre motivos de resolución y de reducción de la prestación, notificación de la resolución, eficacia de ésta y retención de la prestación. Y la Sección 4, sobre «Indemnización», que es, a mi juicio, el lugar al que se remite la regla de la presente nota, dice en sus tres primeros artículos: «Artículo 8:401. Derecho a la indemnización. (1) El acreedor tiene derecho a reclamar indemnización por los daños que le causa el incumplimiento de una obligación, salvo que tal incumplimiento esté justificado. (2) El incumplimiento está justificado si es debido a circunstancias que están fuera del control del deudor o de las personas contratadas por éste para cumplir la obligación, supuesto que las consecuencias de aquellas circunstancias no hubieran podido ser evitadas con el empleo de todo el cuidado exigible. Artículo 8:402. Alcance de la indemnización. (1) La indemnización es el pago de la cantidad de dinero necesaria para restablecer la situación que hubiera correspondido al acreedor si la prestación hubiera sido cumplida debidamente. (2) La indemnización cubre el valor de la pérdida sufrida por el acreedor, incluida la ganancia que haya dejado de obtener. (3) Sin perjuicio de las normas sobre reembolso de las costas judiciales, la indemnización incluye cualquier gasto adecuado para la ejecución de la obligación. (4) La indemnización sólo incluye los daños no patrimoniales, en la medida en que la finalidad de la prestación incluya la protección o la satisfacción de intereses no patrimoniales. Artículo 8:403. Concurso de culpas y reducción de la indemnización. La indemnización se reduce o queda excluida si dolosa o culposamente el acreedor ha contribuido a las consecuencias del incumplimiento o habría podido reducir los daños adoptando las medidas adecuadas.»

⁶³ Sellier, Munich, 2008.

de referencia, habitualmente citado con las siglas del inglés, *CFR*. Se añade que, entre otros objetivos, está el de cumplir una obligación para con la Comisión Europea contraída en el año 2005. La edición a la que me refiero, de 2008, se hizo con carácter de provisional y a modo de esbozo⁶⁴, añadiéndose que la edición final se completaría con material adicional, en forma de *reglas modelo*; en el Libro IV, sobre ciertos contratos en particular, y con unos Libros VIII a X sobre materias seleccionadas de derechos reales.

En octubre de 2009 se publicó una *full edition*, también preparada por *Study Group on a European Civil Code* y *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* —no se utiliza la palabra «*Existing*»—. Fue editada por Christian Von Bar y Eric Clive. Se manifiesta que la obra está basada, en parte, en una versión revisada de los *PECL*. Los Libros VIII a X versan, respectivamente, sobre adquisición y pérdida de la propiedad de bienes, garantías dominicales sobre bienes muebles y *trusts*. La obra no sólo contiene un borrador de *reglas modelo*, sino también completos comentarios y

⁶⁴ El *DCFR* de 2008 contiene 7 Libros, cuyo objeto respectivo es: disposiciones generales, contratos y otros actos jurídicos, obligaciones y correlativos derechos, contratos en particular y derechos y obligaciones que derivan de ellos, intervención benévola en asuntos de otro (esto es, gestión de negocios ajenos o «gestión oficiosa»), responsabilidad no contractual resultante de daño causado a otro y enriquecimiento injusto. Merece particular mención la alusión a «otros actos jurídicos» (en inglés, «other juridical acts»), concepto que se corresponde, a mi juicio, con el de promesa unilateral. De hecho, el artículo 2:107 de los *PECL*, con la rúbrica «*Promesas vinculantes sin aceptación*», dice: «*Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación es vinculante*» (adopto ahora la traducción al castellano en LANDO/BEALE, *Principios...*, citado, p. 217). Los autores que acabo de citar ponen de relieve lo excepcional que es, en los ordenamientos nacionales, que la promesa pueda ser obligatoria sin aceptación. La misma observación hacen en su comentario Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los principios...*, citado, p. 185, pero concluyen: «No obstante ello, el art. 2.107 enuncia una regla general de acuerdo con la cual las promesas unilaterales son fuentes de obligaciones y son, por consiguiente, vinculantes sin aceptación por el destinatario, con el único requisito de que contengan una voluntad negocial en virtud de la cual el promitente quiera quedar jurídicamente obligado». El artículo 4:301 del *DCFR* que me ocupa dice: «4:301. Requirements for a unilateral juridical act. The requirements for a unilateral juridical act are: (a) that the party doing the act intends to be legally bound or to achieve the relevant legal effect; (b) that the act is sufficiently certain; and (c) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise». A continuación, el artículo 4:302 dice cuándo se considera que existe intención de una parte de vincularse jurídicamente con la otra: «4:302. How intention is determined. The intention of a party to be legally bound or to achieve the relevant legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the person to whom the act is addressed». La regla anuda la conclusión de que existe intención a las manifestaciones o la conducta de la parte. Y en relación con esta figura, la del «acto jurídico unilateral», es de interés señalar cómo el artículo 4:303 recoge el tradicional principio de que «nadie puede adquirir si no lo quiere». En efecto, dice esta última regla: «4:303. Right or benefit may be rejected. Where a unilateral juridical act confers a right or benefit on the person to whom it is addressed, that person may reject it by notice to the maker of the act, provided that is done without undue delay and before the right or benefit has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued». Todos estos artículos son del Libro II.

notas que explican el porqué de cada regla y su concordancia con otras, así como sus raíces en los sistemas legales europeos. En su *Introducción* se dice que los propósitos del *DCFR* son, en primer lugar, el de constituir un posible modelo para un *marco común de referencia* real o «político»; en segundo término, ser un texto académico que puede proporcionar la noción de un Derecho europeo privado, con una nueva base que incremente la comprensión de «los otros» y promueva una deliberación colectiva sobre el Derecho privado en Europa; en tercer lugar, ser una posible fuente de inspiración para la resolución (según el contexto, la judicial) de los problemas de Derecho privado y para la preparación de normas nacionales de modernización del Derecho de contratos⁶⁵.

El «Borrador» contiene, como indica su título, principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo. Su propósito es el de servir de borrador para diseñar un «Marco común de referencia», tal y como se había pedido en el «Plan de acción» de la Comisión Europea de enero de 2003 (*Plan de acción sobre un Derecho europeo de contratos más coherente*)⁶⁶.

ii. Los Capítulos 3 y 4 del Libro II («*Contratos y otros actos jurídicos*») tratan, respectivamente, sobre «*deberes*⁶⁷ en la negociación y precontractuales» y sobre «*Formación*» del contrato.

A su vez, el Capítulo 3 se divide en cuatro secciones. La 1 versa sobre «*deberes de información*». Reproduzco a continuación cinco de los nueve artículos que la componen⁶⁸:

«3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services. (1) Before the conclusion of a contract for the

⁶⁵ En cuanto a esto último, dice la *Introducción*, si el *DCFR* conviene, puede contribuir a una «europeización» armoniosa e informal del Derecho privado.

⁶⁶ Sobre el significado y alcance del *Marco común de referencia*, v. LEIBLE, Stefan, «¿Qué hacemos con el Marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», en *Derecho Privado europeo...* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), citado, pp. 221-249. En la misma obra, SCHELZE, Reiner, «Estado actual de los debates sobre el Marco común de referencia», pp. 407-428. También en el mismo libro, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o «Comisión contra Parlamento», pp. 377-405. También, VAQUER ALOY, Antoni, «El Marco Común de Referencia», en *Derecho contractual europeo...* (director BOSCH CAPDEVILA), citado, pp. 239-265.

⁶⁷ En el original en inglés se utiliza la palabra *duties*. En el comentario al artículo 1:102, sobre «definiciones», se advierte de que, en general, en el *DCFR* se acude a la palabra *obligation* para denominar el deber de cumplimiento que una parte de la relación jurídica, el deudor, tiene con la otra parte, el acreedor. Es decir, se establece una delimitación entre *duty* y *obligation*. El comentario señala también que *obligation*, como nombre de la relación jurídica entre deudor y acreedor, aparece cada día con menos frecuencia en los instrumentos legales modernos, europeos e internacionales.

⁶⁸ Hago la advertencia de que los textos que se transcriben son los de la «edición completa» de 2009, no los de la edición de 2008; *no siempre coinciden*. Y utilizo el texto en inglés de la publicación mencionada, pues no conozco ninguna traducción –impresa– al castellano.

supply of goods, other assets or services by a business⁶⁹ to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances. (2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice»⁷⁰.

Se observa cómo el deber de información está pensado para el caso de contrato entre *profesional* y «otra persona» (un *consumidor*). No parecen incluidas las negociaciones entre profesionales y entre *particulares*. En estos dos últimos casos, no obstante, el deber de informar tiene que considerarse comprendido, a mi juicio, en el deber general de negociar de acuerdo con la buena fe (al que enseña se refiere el *DCFR*).

«3:102: Specific duties for businesses marketing to consumers. (1) Where a business is marketing goods, other assets or services to a consumer, the business has a duty not to give misleading information. Information is misleading if it misrepresents or omits material facts which the average consumer could expect to be given

⁶⁹ Como es sabido, una de las mayores dificultades al diseñar un sistema jurídico plurinacional es la consistente en la terminología. En concreto, no resulta nada fácil encontrar, en cualquier idioma, una palabra que identifique a la otra parte en los contratos en los que interviene un «consumidor». Si se hallara una palabra adecuada en un idioma, la dificultad radica en encontrar otra, en distintas lenguas, que tenga el mismo sentido. El *DCFR* utiliza frecuentemente la palabra «*business*», que en el Anexo I del propio documento se define así: «*Business' means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purpose relating to the person's self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity*». Por ejemplo, en la *Introducción* del *DCFR*, edición de 2008, p. 16, al tratarse sobre el deber de información, se habla de la obligación de una parte («typically a business») de proporcionar a la otra («typically a consumer») una información específica, etc. En los *PECL* se utiliza, en inglés, la palabra «*professional*», y en francés la de «*professionnel*». En la versión en castellano de LANDO/BEALE, *Principios...*, citado, p. 261, se dice que *profesionales* «son las personas que se dedican a las transacciones comerciales». Por otra parte, y precisamente a causa de su terminología, el *DCFR* alude en ocasiones a los contratos *business-to-business*. En la «edición completa» del *DCFR*, volumen I, interesan las *definiciones* de los artículos I-1:103 a I-1:107, pp. 89-108. El artículo I-1:108 dice que las precedentes definiciones se aplican a todos los efectos de las «*reglas*», a no ser que el contexto requiera otra cosa.

⁷⁰ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en el volumen I, pp. 200-205. En adelante, si el contexto lo permite, cito los artículos sin el número romano que les precede. Digo esto, porque en el *DCFR* los artículos se suceden precedidos de un número romano, indicativo del Libro al que pertenecen; después viene una cifra arábiga correlativa en cada capítulo; y después, tres guarismos por cada artículo, siguiendo el sistema centesimal (101, 102, 103, etc.). Se entiende que tenga que ser así por ahora, al tratarse de un texto que, sin perjuicio de su propósito formal «codificador», se va formando, por así decirlo, *por aluvión*.

for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract. In assessing what an average consumer could expect to be given, account is to be taken of all the circumstances and of the limitations of the communication medium employed. (2) Where a business uses a commercial communication which gives the impression to consumers that it contains all the relevant information necessary to make a decision about concluding a contract, the business has a duty to ensure that the communication in fact contains all the relevant information. Where it is not already apparent from the context of the commercial communication, the information to be provided comprises: (a) the main characteristics of the goods, other assets or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price, and any available right of withdrawal; (b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence; and (c) the language to be used for communications between the parties after the conclusion of the contract, if this differs from the language of the commercial communication. (3) A duty to provide information under this Article is not fulfilled unless all the information to be provided is provided in the same language»⁷¹.

«3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage. (1) In the case of transaction that place the consumer at a significant informational disadvantage because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction, the business has a duty, as appropriate in the circumstances, to provide clear information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the right and obligations of both contracting parties, and any available right of withdrawal or redress procedures. This information must be provided a reasonable time before the conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must, as appropriate in the circumstances, also be adequate in the sense of II-5:104 (Adequate notification of the right to withdraw). (2) Where more specific information duties are provided for specific situations, these take precedence over the general information duty

⁷¹ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 205-212.

under paragraph (I). (3) The business bears the burden of proof that it has provided the information required by this Article»⁷².

Se dedica pormenorizada atención a la forma que debe revestir la información:

«3:106: Clarity and form of information. (1) A duty to provide information imposed on a business under this Chapter is not fulfilled unless the requirements of this Article are satisfied. (2) The information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language. (3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way. (4) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the prices, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contracts, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II. -5:104 (Adequate notification of the right to withdraw)⁷³».

El artículo 3:109 establece las acciones resultantes del incumplimiento de los deberes de información. Dice el artículo:

«3:109: Remedies for breach of information duties. (1) If a business has a duty under II.-3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract form which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract. (2) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a con-

⁷² Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 212-218.

⁷³ El artículo 5:104 reza: «Adequate information on the right to withdraw. Adequate information on the right to withdraw requires that the right is appropriately brought to the entitled party's attention, and that the information provides, in textual form on a durable medium and in clear and comprehensible language, information about how the right may be exercised, the withdrawal period, and the name and address of the person to whom the withdrawal is to be communicated». Los comentarios al artículo 3:106, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 227-231.

tract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonable expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations⁷⁴. (3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph. (4) The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II. –7:201 (Mistake). (5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»⁷⁵.

Estas reglas recuerdan mucho a las equivalentes de los «*Principios del Derecho contractual comunitario*», esto es, los del *Acquis Group*, a los que me he referido líneas arriba⁷⁶.

iii. La Sección 3 del mismo Capítulo 3 está compuesta por dos artículos. El primero de ellos sienta la regla básica sobre el deber de buena fe (y de negociar de forma *correcta* o *justa*) en los tratos, mientras que el segundo trata sobre el deber de confidencialidad y las consecuencias de su infracción. Dicen:

«3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing. (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a

⁷⁴ El Capítulo 3 del Libro III, al que el texto anotado se remite, tiene por objeto el capital extremo de «acciones en caso de incumplimiento». Su artículo 1:101, sobre el contenido del Libro en cuestión, dice: «This Book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance». Y no está de más señalar, para una mejor comprensión de la terminología de este *DCFR*, las «definiciones» contenidas en los tres primeros apartados del artículo 1:102 del mismo Libro III: «(1) An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor. (2) Performance of an obligation is the doing by the debtor of what is to be done under the obligation or the not doing by the debtor of what is not to be done. (3) Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation».

⁷⁵ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 235-241.

⁷⁶ La Introducción del *DCFR*, «edición completa», pp. 15-18, expone sus «desviaciones» respecto a los *PECL*. Por otro lado, la edición de 2008 contiene, pp. 51-70, unas tablas de concordancias (que a veces son discordancias) entre los *PECL* y el propio *DCFR*, con entradas desde uno de dichos documentos al otro, en doble sentido.

duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party to the breach. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party»⁷⁷.

«3:302: Breach of confidentiality. (1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. (2) In this Article, "confidential information" means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party. (3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it. (4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach»⁷⁸.

Y, desde luego, es menester advertir que en el Libro I del DCFR, sobre «Disposiciones generales», el artículo 1:103 formula la siguiente definición: «1:103. Good faith and fair dealing. (1) The expression "good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment»⁷⁹.

⁷⁷ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 246-254.

⁷⁸ También en el DCFR, pues, se contempla la «reparación» consistente en el beneficio obtenido por la parte infractora. Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 254-257.

⁷⁹ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 89-90. En ellos se dice: «Many of the following model rules refer to good faith and fair dealing. It is therefore useful to define this composite expression at an early stage. It refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. "Honesty" is not further defined and has its normal meaning. As the references in the later Articles are often to conduct which is contrary to good faith and fair dealing it will often be dishonesty (rather than honesty) which is at issue. Cheating is contrary to good faith and fair dealing». Y poco después se puntualiza: «The composite expression "good faith and fair dealing" is different from "good faith" on its own. This, unless otherwise qualified, refers to a subjective state of mind generally characterised by honesty and a lack of knowledge that an apparent situation is not the true situation. Legal rules sometimes use "good faith" in this subjective sense. For example, a certain result may follow only if a purchaser has acquired goods in

Luego volveré sobre este extremo.

iv. Como hemos visto antes, el artículo 3:109 del Libro II establece un régimen de acciones en el caso de incumplimiento de los deberes de información. Pero es necesario tener en cuenta, además, que el Capítulo 3 del Libro en cuestión, sobre *Marketing and pre-contractual duties*, como conjunto, cuenta con un artículo 3:501 que es aplicable al incumplimiento de *cualquier deber* de los integrantes de dicho Capítulo.

Ese artículo 3:501 reza: «3:501. Liability for damages. (1) Where any rule in this Chapter makes a person liable for loss caused to another person by a breach of a duty, the other person has a right to damages for that loss. (2) The rules of III.-3:704 (Loss attributable to creditor) and III.-3:705 (Reduction of loss) apply with the adaptation that the reference to non-performance of the obligation is to be taken as a reference to breach of the duty»⁸⁰.

v. De otro lado, procede hacer notar que en un lugar del Libro II, «alejado» del que versa sobre los deberes precontractuales, se establece una regla de considerable importancia y que tiene que ver con manifestaciones hechas, precisamente, en el periodo «pre-contractual».

Me refiero al artículo 9:102, integrante del Capítulo 9, que versa sobre «Contenido y efectos de los contratos». Dice: «9:102. Certain pre-contractual statements regarded as contract terms. (1) A statement made by one party before a contract is concluded is regarded as a term of the contract if the other party reasonably understood it as being made on the basis that it would form part of the contract terms if a contract were concluded. In assessing whether the other party was reasonable in understanding the statement in that way account may be taken of: (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 to a contract is a business and before the contract is concluded makes a statement, either to the other party or publicly, about the specific characteristics of what is to be supplied by that business under the contract, the statement is regarded as a term of the contract unless: (a) the other party was aware when the contract was concluded, or could reasonably be expected to have been so aware, that the statement was incorrect or could not otherwise be relied on as such a term; or

good faith, without notice of third-party claims in the goods or documents. Or a representative may have authority to affect the legal relations of a principal (so-called “apparent authority”) when the principal’s conduct induces the third party in good faith to believe that the representative has such authority».

⁸⁰ En la «edición completa», este artículo es comentado en pp. 262-263.

(b) the other party's decision to conclude the contract was not influenced by the statement. (3) For the purposes of paragraph (2), a statement made by a person engaged in advertising or marketing on behalf of the business is treated as being made by the business. (4) Where the other party is a consumer then, for the purposes of paragraph (2), a public statement made by or on behalf of a producer or other person in earlier links of the business chain between the producer and the consumer is treated as being made by the business unless the business, at the time of conclusion of the contract, did not know and could not reasonably be expected to have known of it. (5) In the circumstances covered by paragraph (4) a business which at the time of conclusion of the contract did not know and could not reasonably be expected to have known that the statement was incorrect has a right to be indemnified by the person making the statement for any liability incurred as a result of that paragraph. (6) In relations between a business and consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»⁸¹.

Se observará que, a pesar de su ubicación, este artículo establece también deberes precontractuales y reglas de responsabilidad por su incumplimiento (apartado 5). Debe tenerse presente, pues, en la materia que me ocupa⁸².

vi. Por fin, también aquí procede la cita del artículo relativo a la «*merger clause*» a la que antes me he referido. Esto es, aquella que establece que el documento en el que se formaliza el contrato incluye todos los términos del mismo, de suerte que ninguna otra declaración, compromiso o acuerdo anteriores, y no comprendidos en el documento, forman parte del contrato. Se trata del artículo 4:104 del Libro II, que reza:

«4:104: Merger clause. (1) If a contract document contains an individually negotiated term stating that the document embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract. (2) If the merger clause is not individually negotiated it establishes only a presumption that the parties intended that their prior statements, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be

⁸¹ Artículo comentado en pp. 583-588 de la «edición completa».

⁸² Lo expuesto hasta ahora, de carácter general, no impide que en el *DCFR* existan normas particulares sobre deberes precontractuales específicos de algunos contratos. Por ejemplo, en relación con los contratos de «seguridad personal»: artículo IV.G.-4:103 («*Deberes precontractuales del acreedor*»), p. 294 de la edición de 2008. O con los contratos de agencia, franquicia y distribución: artículo IV.E.-2:101 («*Deber precontractual de información*»), p. 265 de la edición de 2008.

excluded or restricted. (3) The parties' prior statements may be used to interpret the contract. This rule may not be excluded or restricted except by an individually negotiated term. (4) A party may by statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct»⁸³.

4. EL «CÓDIGO DE PAVÍA» (O «PROYECTO GANDOLFI»)

Otro proyecto privado o académico, llamado *Anteproyecto*, es el elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos. El equipo redactor es conocido como «*Grupo de Pavía*». Ha trabajado bajo la inspiración del Profesor Giuseppe Gandolfi.

Ha elaborado el Libro Primero del *Anteproyecto de Código europeo de contratos*, que versa sobre «los contratos en general». Y también el Título primero del Libro Segundo («*De los contratos en particular*»), que trata sobre la compraventa⁸⁴.

En lo que ahora importa, procede la reproducción de algunos de los artículos del proyecto⁸⁵.

«Art. 6. Deber de corrección. 1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna por la no celebración del mismo, salvo que su comportamiento haya sido contrario a la buena fe. 2. Actúa de modo contrario a la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos preliminares sin intención de concluir el contrato. 3. Si, en el curso de los tratos preliminares, las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, permitiendo ello prever la posible conclusión del mismo, la parte que haya hecho surgir en la otra una confianza razonable respecto de la conclusión del contrato dicho, obra de modo contrario a la buena fe cuando interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado. 4. En la hipótesis prevista en los apartados precedentes, la parte que ha obrado de modo contrario a la buena fe está obligada a indemnizar a la otra el daño que le haya ocasionado, en el límite de los gastos que esta

⁸³ Los comentarios a este artículo, en la «edición completa», se encuentran en I, pp. 284-288.

⁸⁴ Publicado en castellano en *Código europeo de contratos*, presentación Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Editorial Reus, Madrid, 2009. El texto del proyecto se encuentra en pp. 33-122 y 129-171.

⁸⁵ Sobre la materia que me ocupa, v. LUNA SERRANO, Agustín, «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», *Estudios de Deusto*, 51, 2003, pp. 307-316.

última haya debido efectuar durante los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, y también la pérdida de otras posibilidades de negocio similares causada por la pendencia de los tratos preliminares referidos.»

«Art. 7. Deber de información. 1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra de cualquier circunstancia de hecho o de derecho que conozca o deba conocer y que permita, a esta última, formar opinión sobre la validez del contrato y lo interesante de su celebración. 2. En el caso de información omitida o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o está afectado de nulidad, la parte que ha obrado de modo contrario a la buena fe responde, frente a la otra, en los límites señalados en el apartado 4 del artículo 6, en tanto que, si el contrato ha sido concluido, está obligada a restituir la prestación recibida⁸⁶ o a pagar una suma de dinero, en concepto de indemnización, en la medida que el juez considere equitativa⁸⁷, quedando a salvo el derecho de la otra parte a anular el contrato por error.»

«Art. 8. Deber de reserva. 1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan confidencialmente durante el desarrollo de los tratos preliminares. 2. La parte que no respete este deber está obligada a reparar el daño sufrido por la otra y si, además, ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, está obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento»⁸⁸.

De otro lado, el último artículo relativo a la «conclusión del contrato» dice:

«Art. 24. Comportamientos concluyentes. Dejando a salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, el contrato se entiende concluido mediante comportamientos concluyentes cuando todos los elementos del mismo resultan de tales comportamientos, habida cuenta, asimismo, de los acuerdos y relaciones precedentes, de la eventual existencia de catálogos, de ofertas al público, de normas legales, de disposiciones reglamentarias y de usos.»

El *Anteproyecto* establece un régimen especial para el caso de que hubiese mediado dolo o violencia moral en la formación del contrato. El dolo se contempla (artículo 151) como hipótesis de

⁸⁶ Quizá haya un error en la expresión, porque este *efecto restitutorio* no se compadece bien con la hipótesis de contrato no «anulado».

⁸⁷ Me parece que ésta es una fórmula un tanto «extraña» a los criterios de *reparación* de los sistemas jurídicos europeos continentales.

⁸⁸ De nuevo se sienta el criterio del enriquecimiento del infractor. Entiendo que es tanto en el caso de contrato que se perfecciona como en el del que no llega a concertarse.

«error unilateral»; precisamente, el provocado por una declaración engañosa de la contraparte. En caso de anulación del contrato (entre otras causas, por dolo o por violencia moral), según el artículo 146.1, las partes están obligadas a proceder, recíprocamente, a las restituciones correspondientes. Y el apartado 3 del mismo artículo establece que la anulación del contrato determina, a cargo del sujeto que la haya ocasionado con su comportamiento, la obligación de resarcir el daño sufrido por la otra parte en la medida indicada en el apartado 4 del artículo 6, anteriormente citado.

5. EL *CONTRACT CODE* DE MCGREGOR

En 1965, el Parlamento británico creó la *Law Commission*, a efectos de una codificación del Derecho de contratos. Fruto de aquella iniciativa fue el llamado «*Contract Code*», elaborado en su integridad por el profesor de Oxford Harvey McGregor⁸⁹.

Se trata de un verdadero «texto articulado» (el propio autor utiliza la palabra *artículo*), en el que se establecen reglas características de la teoría general del contrato, aunque no completa en relación con el contenido que a dicha teoría suele asignarse en la doctrina del Derecho codificado. El autor, después de cada artículo, formula una especie de «justificación» del mismo, inspirándose sobre todo en criterios o principios de la jurisprudencia británica. No obstante, McGregor pretendió que su texto fuese también admisible a la luz de las reglas legales y de las soluciones jurisprudenciales de los países de Europa continental⁹⁰.

En lo que respecta a la *formación del contrato*, la obra contiene reglas sobre el modo de celebrarse el acuerdo, la oferta y la aceptación, y sobre el contenido y naturaleza de las previsiones contractuales⁹¹.

⁸⁹ MCGREGOR, Harvey: *Contract Code*, traducción y nota preliminar de DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

⁹⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, en el proemio de la edición española del Code, que acabo de citar, escribe: «En esta línea se inserta el estudio del *Contract Code* de H. McGregor que hace un esfuerzo de acercamiento a los Derechos continentales y, todo ello, con el propósito de hacer posible un proyecto de “Código europeo de contratos”, como pretende el “grupo de trabajo de Pavía” que se diferencia de otros proyectos en que, por primera vez, se habla de un “código” como tal, es decir, de un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente. No sólo difiere de otros proyectos por haber abandonado la técnica del Derecho uniforme y otros mecanismos de integración “horizontal”, sino porque al apelar a un “código” se está poniendo de relieve algo que falta en el Derecho comunitario y se está haciendo elección, a la vez, de un tipo de “sistema” determinado, bien que para llevarlo a cabo sea preciso armonizar tanto la experiencia del pensamiento sistemático, como la del pensamiento casuístico.»

⁹¹ Interesa reproducir lo que McGregor, p. 37, manifiesta en torno al esquema clásico de oferta y aceptación. Dice: «En teoría es posible que los términos de un acuerdo entre dos

La conducta está presente en el artículo 11 (modo de celebrarse el acuerdo), que dice: «Puede inferirse el acuerdo de declaraciones escritas, de declaraciones verbales, de la conducta de las partes, o de cualquier combinación de estos elementos.» El artículo 13 (acuerdo sin oferta y aceptación) manifiesta en su apartado 1 que «la existencia de un acuerdo puede inferirse aunque no haya oferta y aceptación claramente identificables, e incluso aunque no pueda precisarse el momento de su conclusión».

La conducta de las partes se encuentra también en el artículo 19 (revocación de la oferta), cuando en su apartado 1 dice: «La oferta puede ser revocada, salvo cuando: a) por los propios términos de la oferta, b) o como resultado de las circunstancias, tratos preliminares, prácticas observadas entre sí por las partes o usos y costumbres aplicables a su relación, la oferta sea irrevocable por un periodo aún no transcurrido.»

Al desarrollar el concepto de aceptación, el artículo 22, en sus dos primeros apartados, declara: «1) La aceptación de una oferta es el asentimiento del destinatario a sus términos, unido, cuando es relevante, a la promesa expresa o implícita por parte del destinatario de cumplir toda obligación que pueda incumbirle a consecuencia del contrato celebrado. 2) Aunque el asentimiento no sea expreso, podrá inferirse: a) si los términos de la oferta requieren o permiten como señal de asentimiento la ejecución, y el destinatario comienza o continúa la ejecución con intención de aceptar, o, b) si el destinatario de la oferta obtiene provecho de una conducta⁹² ofrecida que tuvo oportunidad razonable de rechazar.»

Por su parte, el artículo 51, sobre acuerdos no dirigidos a quedar jurídicamente vinculados, dice: «1) Un acuerdo no es contrato

personas les hayan sido propuestos por un tercero, pero en el curso normal de los acontecimientos, cuando se concluye un acuerdo entre dos personas, uno de ellos habrá iniciado el proceso haciendo una propuesta. Si la propuesta resulta aceptable para el otro, éste entonces asentirá a ella. La celebración del acuerdo resulta así descompuesta en una oferta seguida de una aceptación. Esto describe el patrón básico, pero no siempre resulta tan simple como el patrón básico sugiere. Así, cuando hay arduas negociaciones entre personas que desean cada una obtener las mejores condiciones posibles, puede haber prolongadas negociaciones antes de alcanzar un acuerdo y complejidades tales como invitaciones a ofrecer y contraofrecer que hacen su aparición y se tratarán en su debida sede.» Por otro lado, el autor distingue entre tratos preliminares, invitación a ofrecer y oferta. Así, en p. 40: «Los tratos que preceden a la conclusión de un acuerdo son a menudo prolongados. La gente, y particularmente los hombres de negocios, tienden a producir copiosa correspondencia en ambas direcciones antes de llegar finalmente a un acuerdo. No es por lo tanto siempre fácil decir en qué momento exacto surge la oferta siendo todo lo anterior meros tratos preliminares. Toda comunicación antes de hacer una oferta no puede ser más que una invitación a ofrecer. Además, hay muchas situaciones en las que la primera comunicación no es precisamente una comunicación cualquiera sino una específica demanda de una oferta, y así las negociaciones normalmente no se producen en dos fases o en varias fases sino en tres fases, esto es: una invitación a ofrecer, seguida de una oferta y seguida de la aceptación.»

⁹² ¿Quiere decir «prestación»?

si las partes no pretenden quedar jurídicamente obligadas por él; sin embargo, la intención de quedar legalmente obligado se presume. 2) Esta presunción puede ser enervada, a) si el acuerdo es de tal naturaleza que la exigibilidad jurídica no se le atribuye usualmente, o b) por las palabras o conductas de las partes o las circunstancias en que se celebra el acuerdo».

El texto de McGregor no contiene reglas de carácter general acerca de los deberes que recaen sobre las partes en la negociación del contrato (buena fe, información, confidencialidad, etc.)⁹³, pero son numerosas las referencias a *criterios indeterminados*, a los que tan proclive es el pensamiento jurídico del *common law*; por ejemplo, lo que resulte *de las circunstancias*, lo que se conoció o lo que *pudo haber sido razonablemente conocido*, la comunicación *inmediata* de una decisión, etc.

No obstante, quizá pudieran tomarse en consideración los criterios de los artículos 563 y 572, respectivamente relativos a las hipótesis de *falta de consentimiento libre* y de *falta de consentimiento pleno*. Esos artículos dicen:

«563. Abuso de confianza. 1) Existe abuso de confianza cuando una persona se aprovecha de una relación de confianza que tiene con una parte contratante y obtiene alguna ventaja de la misma. 2) Se presume, salvo prueba en contrario, que hay abuso de confianza cuando entre los contratantes existe un vínculo de padre e hijo, tutor y pupilo, abogado y cliente, médico y paciente o director espiritual y dirigido. 3) Esta presunción desaparece si la parte en la que se confía demuestra que el otro contratante ha recibido consejos adecuados para la conclusión del contrato de un tercero ajeno a la relación de confianza.» «572. Regla general sobre el deber de información. Cuando al establecerse un contrato una de las partes mantiene una relación de confianza con la otra, o le asegura contra un riesgo determinado, y no le informa de todos los factores que conoce y son importantes para el contrato o el aludido riesgo, dicho contrato no es exigible a la otra parte, quien puede reclamar la restitución de los beneficios otorgados por el mismo.»

IV. OTROS TRABAJOS PRELEGISLATIVOS

La relevancia que desde no hace mucho tiempo viene atribuyendo la doctrina –y, por ello, la jurisprudencia– a la fase de *nego-*

⁹³ Tampoco encuentro reglas específicas al respecto en el régimen de indemnización de daños y perjuicios, artículos 431 a 492.

ciación o formación del contrato, se ha materializado, como acabamos de ver, en proyectos de codificación europea. Pero también se advierte en trabajos prelegislativos de *Derecho nacional*.

Me ocupo a continuación de algunos de estos últimos.

1. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, DE LA SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

En enero de 2009 se publicó la *Propuesta* a la que se refiere el epígrafe, que hacía tiempo venía preparando y elaborando la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española⁹⁴.

Como hipotética *sustitución* de los artículos 1.254 a 1.314, constitutivos del actual Título II del Libro IV del Código civil, el proyectado Título II, artículos 1.236 a 1.314, rubricado «*De los contratos*», se divide en varios capítulos. El II trata sobre la *formación del contrato* y se divide a su vez en varias secciones (de las negociaciones, de la formación del contrato por oferta y aceptación, de otros procedimientos de formación del contrato, de las condiciones generales de la contratación, de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, de la protección de los consumidores en los contratos a distancia y de la contratación electrónica).

En lo que aquí interesa, procede reproducir el artículo 1.245 de la *Propuesta*, que es el único de la Sección Primera («De las negociaciones») del mentado Capítulo II. Dice: «1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. 2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. 3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. 4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso,

⁹⁴ Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil: «Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín de Información*, enero de 2009, pp. 1-70.

se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.»

2. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO, DE LA SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

Antes de la *Propuesta* a la que acabo de referirme, se publicó otra de *Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*⁹⁵. Procede de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. Según ella, se modifican los artículos 50 a 63 del Código de comercio, que junto con los nuevos artículos 64 a 80 integrarían el Título IV («*Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles*») del Libro I.

La *Propuesta*, en su preámbulo, declara su inspiración, entre otros trabajos, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías de 11 de abril de 1980, en los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* elaborados por el Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado (UNIDROIT) y en los trabajos de la *Comisión Lando* sobre el Derecho europeo de los contratos.

El propuesto artículo 50, en su apartado 6, dice: «Un contrato mercantil que conste por escrito en el que exista una cláusula que prevea que cualquier modificación o que la extinción del mismo se realice por escrito no puede modificarse o extinguirse de otra forma. No obstante, el comportamiento de una de las partes en relación con la modificación o la extinción del contrato impide invocar esa cláusula si dicho comportamiento hubiera generado en la otra parte una confianza legítima».

Por otro lado, el proyectado artículo 51, único de la Sección 2.^a («De los deberes precontractuales») del mentado Título IV, reza: «1. Las negociaciones para celebrar un contrato mercantil deben hacerse de buena fe y con lealtad. 2. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo

⁹⁵ *Boletín de Información*, 2006, 1 de febrero de 2006, pp. 203-216.

hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo. 3. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso, se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 4. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber.»

3. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1998

El 18 de diciembre de 1998 fue elevado al Ministro de Justicia de la Nación un *Proyecto de Código civil de la República Argentina, unificado con el Código de comercio*. Fue obra de una Comisión designada por el Presidente de la República en Decreto de 17 de mayo de 1995⁹⁶.

El Capítulo III («*Formación del consentimiento*») del Título II («*De los contratos en general*»), del Libro Cuarto («*De los derechos personales*»), artículos 915 a 940, versa sobre la «*formación del consentimiento*». Sin perjuicio de reiterarse la fórmula clásica de que el consentimiento se forma con la oferta y la aceptación (artículo 915) la Sección Segunda del Capítulo en cuestión tiene por objeto *las tratativas contractuales*. Sus artículos 920 y 921 dicen:

«920. Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo.

921. Cartas de intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan asentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos⁹⁷; en caso contrario es aplicable el artículo anterior.»

⁹⁶ Estuvo formada definitivamente por los Profesores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

⁹⁷ El artículo 922 del Proyecto dice: «Requisitos de la oferta. Para que haya oferta, la manifestación del oferente debe: a) Indicar, de acuerdo con los usos y las circunstancias del caso, su intención de contratar. b) Estar dirigida a persona determinada o determinable.

Las siguientes secciones del Capítulo contienen reglas sobre la oferta, sobre la aceptación, en torno al contrato preliminar, acerca del *contrato de prelación* (por el que una de las partes, si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra) y sobre el *contrato ad referendum* (aquel cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización). Y ello, conforme a la estructura del Proyecto, es sin perjuicio de lo que genéricamente se establece, para los actos jurídicos, en los Títulos IV a VI del Libro Segundo del Proyecto («*De la parte general*»), artículos 250 a 354⁹⁸.

4. PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Varios grupos de trabajo han venido o vienen estudiando en Francia una posible reforma de su Código civil, en concreto en el Derecho de obligaciones⁹⁹.

i. Uno de ellos, bajo la presidencia del profesor Pierre Catala, remitió al Ministro de Justicia, el 22 de septiembre de 2005, un trabajo titulado «*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*»¹⁰⁰. Se le suele identificar como *Proyecto Catala*.

En su primera parte, se propone un nuevo texto para el Título III («*De las obligaciones*») del Libro III del *Code*, que, como es sabido, versa sobre «*De las diferentes formas por las que se adquiere la propiedad*». Ese Título III se dividiría en tres subtítulos, dedicado el primero a «*Contrato y obligaciones convencionales en general*», el segundo a los cuasicontratos, y el tercero a la responsabilidad civil.

Dentro del Subtítulo I, y bajo la rúbrica «*Disposiciones generales*», la Sección 1 sería de «*Definiciones*», artículos 1.102 y 1.103,

c) Contener las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato si la oferta llega a ser aceptada.»

⁹⁸ *Proyecto de Código civil de la República Argentina. Unificado con el Código de comercio*, edición preparada y coordinada por BESALÚ PARKINSON, Aurora, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1999. El Proyecto fue acompañado de una densa y documentada «*Memoria*», que recibe la denominación de *Fundamentos del Proyecto de Código civil*. Su anexo I se halla en las páginas 35 a 181 de la publicación a la que acabo de referirme. Y dentro de ellas, en las páginas 77 a 83 (apartados 162 a 172), hay una verdadera exposición de motivos sobre los criterios adoptados en el Proyecto en torno a la formación del contrato. Con abundantes referencias a ordenamientos extranjeros y a documentos internacionales.

⁹⁹ V. PICOD, Yves, «*Les projets français sur la réforme du droit des obligations*», *Indret*, octubre 2009, pp. 3-4.

¹⁰⁰ Se encuentra en <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>. Como se recordará, el régimen de la prescripción fue objeto de reforma en Francia mediante la Ley de 17 de junio de 2008.

mientras que a la 2 se le asigna el epígrafe «*De la formación del contrato*». Comprendería los artículos 1.104 a 1.107.

En la «*Presentación general*» del anteproyecto, el profesor Catala¹⁰¹ pone de relieve cómo muchos de los artículos proyectados tienen su origen en la obra del Tribunal de casación, en una interpretación *praeter legem* del Código. Y añade cómo ha sido esa *obra creadora* del Tribunal de casación la que ha dado cuerpo, entre otros extremos, a lo que Catala denomina «el periodo precontractual».

En la «*Exposición de motivos*» de los artículos relativos a la «formación del contrato», los profesores Philippe Delebecque y Denis Mazeaud¹⁰² ponen de manifiesto cómo los redactores del *Code* habían mantenido silencio sobre las condiciones de formación del contrato; dicho de otro modo, sobre la fase de «encuentro de voluntades». Añaden los citados autores que el contraste es llamativo en relación con el lujo de detalles que caracteriza al legislador francés contemporáneo, sobre todo en el terreno de los contratos de consumo, y con los proyectos de armonización europeos del Derecho de contratos. Se dice de estos últimos que regulan con extrema minuciosidad las diferentes etapas que conducen desde la simple intención de contratar a la conclusión del acuerdo definitivo. Por ello, manifiestan a continuación los mismos autores, a los promotores del anteproyecto les pareció legítimo colmar esta laguna del *Code* y proponer textos que sirvan de marco a la formación del vínculo contractual. De ahí los artículos 1.104 y siguientes del *Avant-projet* en cuestión.

Delebecque y Mazeaud se cuidan de advertir de que los redactores del texto se han *desmarcado* de los textos elaborados a nivel europeo e internacional que tienden a armonizar o a codificar el Derecho de los contratos, por lo que «han optado deliberadamente por reglas generales destinadas a estructurar el acuerdo de voluntades y han renunciado a reglamentar con mucha precisión el proceso de formación del contrato».

Los mismos comentaristas (que declaran la inspiración del proyecto, entre otras fuentes, en algunos códigos recientes –Alemania, Holanda, Québec–, así como en el Anteproyecto del *grupo Gandolfi*, en los *Principios* de la *Comisión Lando* y en los *Principios* de *Unidroit*), ponen el énfasis en que las reglas del *Avant-projet* que me ocupa se inspiran en tres principios: el de libertad, el de lealtad y el de seguridad.

¹⁰¹ Pp. 4-5.

¹⁰² Pp. 16-18.

Refiriéndose precisamente al principio de lealtad, Delebecque y Mazeaud dicen que la libertad precontractual se ve atemperada y canalizada por una exigencia de lealtad destinada a imponer una cierta ética durante el periodo que conduce a la conclusión del contrato. Del mismo modo, añaden, la buena fe debe guiar a las partes durante la negociación del contrato y, sobre todo, en el caso de que esa negociación acabe en ruptura.

El hecho es que los artículos relativos a la formación del contrato se dividen en cuatro partes. La segunda, artículos 1.105 a 1.105-6, se refiere a la oferta y la aceptación¹⁰³. La tercera parte, artículos 1.106 y 1.106-1, trata sobre la promesa unilateral de contrato y el pacto de preferencia. Y la cuarta, artículo 1.107, tiene por objeto la fecha y el lugar de formación del contrato.

En lo que aquí interesa, procede referirse a la primera de esas citadas cuatro partes, cuyo epígrafe es «*De la negociación*».

El artículo 1.104 dispone que la iniciativa, el desarrollo y la ruptura de los tratos (o negociaciones) son libres, pero deben ajustarse a las exigencias de la buena fe¹⁰⁴. Esto, en su párrafo primero.

El párrafo segundo dice que el fracaso de una negociación no puede ser fuente de responsabilidad más que si es imputable a la mala fe o a la culpa de una de las partes.

El artículo 1.104-1 declara que las partes pueden, por medio de un acuerdo de principios, comprometerse a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos queden sujetos a determinación, así como a cooperar en su determinación.

Y el artículo 1.104-2 dice que el régimen de los acuerdos destinados a disponer el desarrollo o la ruptura de las negociaciones está sometido a las disposiciones del subtítulo del que forman parte los artículos a los que me acabo de referir.

El *Avant-projet* no se manifiesta en este lugar sobre el carácter o naturaleza jurídica de la responsabilidad dimanante, en su caso, de las negociaciones preliminares. Ahora bien, de la regulación que en el texto proyectado se hace de la «*responsabilidad civil*», parece desprenderse que se trata de una responsabilidad extracontractual¹⁰⁵.

¹⁰³ En este punto, aluden a conductas los artículos 1.105-2, que habla de la oferta aceptada «en un plazo razonable», y 1105-6, al declarar que el silencio del destinatario de la oferta no significa aceptación, salvo disposiciones legales, acuerdos, usos profesionales o circunstancias especiales.

¹⁰⁴ La traducción es mía.

¹⁰⁵ El *Avant-projet* hace un tratamiento muy original de la en él llamada responsabilidad civil, concepto en el que se da cabida a la contractual y a la extracontractual (pp. 152-170). Esa materia (la «responsabilidad civil») se contiene en el Subtítulo III del antes mentado Título III. El Capítulo 1 de dicho subtítulo es de «disposiciones preliminares»; el Capítulo 2, sobre «condiciones de la responsabilidad», tiene una Sección 1 de «disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual», una Sec-

ii. El 24 de septiembre de 2008, la *Chancellerie* de Francia (Ministerio de Justicia) dio a conocer un *Projet de réforme du droit des obligations*¹⁰⁶.

Este proyecto tiene también por objeto el Título III del Libro III del *Code*. El Subtítulo I («*El contrato*») se divide en varios capítulos, de los que el que ahora importa es el III, con la rúbrica «*Formation*». Su Sección 1 versa sobre «la negociación», la 2 sobre «la oferta y la aceptación», la 3 sobre «la fecha y el lugar de formación», y la 4 sobre «los *avant-contrats*» (expresión esta última que creo que es de comprometida traducción, puesto que según el primero de sus artículos, el 33, la mentada categoría comprende la promesa unilateral de contrato y el llamado «pacto de preferencia»).

Por lo que se refiere a la cuestión objeto del presente trabajo, interesa señalar que el artículo 19, en su párrafo segundo, dice que la formación del contrato resulta, bien de la aceptación de una oferta, bien del *comportamiento de las partes* que exprese con certeza (o seguridad) su acuerdo.

Pero sobre todo ha de ponerse el acento en la Sección 1 del Capítulo III, sección que lleva por epígrafe «*La negociación*». Compuesta por tres artículos (20 a 22), el primero de ellos reza:

«La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres.

La conducta o la ruptura culpable de estas negociaciones obligan a su autor a la reparación, sobre la base de la responsabilidad

ción 2 acerca de «disposiciones propias de la responsabilidad extracontractual», y una Sección 3 de «disposiciones propias de la responsabilidad contractual». Los siguientes capítulos del Subtítulo III versan sobre «los efectos de la responsabilidad» (Capítulo III) y «los principales regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización» (Capítulo IV). Pues bien, de la formulación que el artículo 1.340 hace de los conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual, parece deducirse que pertenece a esta última, la extracontractual, la derivada de la infracción de los deberes impuestos por el propio *Avant-projet* para la fase de negociación del contrato. El artículo 1.340, al que acabo de referirme, dice en su párrafo primero: «*Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer*». Y el párrafo segundo reza: «*De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre*». En las notas a este artículo, a pie de página, de Geneviève Viney, se deja bien sentado que los dos párrafos transcritos se refieren, respectivamente, a la responsabilidad extracontractual y a la contractual. Y el texto del párrafo segundo mueve a considerar, como antes decía, que no tiene cabida en él la conducta contraria a la buena fe en las negociaciones, del mismo modo que no la tiene la ruptura de una negociación con mala fe. Cosa distinta, según el artículo 1.104-2 del *Avant-projet*, sería si las partes de la negociación hubiesen concertado algún convenio sobre el desarrollo y ruptura de los tratos preliminares.

¹⁰⁶ Picod, Yves, «Les projets français...», obra y lugar citados. El texto de este proyecto se encuentra en http://www.freshfields.com/_download/publications/newsletters/paris/Chancellerie.pdf. En cuanto a su *Rapport de présentation*, se halla en <http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme1.pdf>, página de la Cátedra Jean-Louis Baudouin de Derecho civil, de la Universidad de Montreal.

delictual. La culpa concurre especialmente cuando una de las partes ha entablado o mantenido negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo.

Los daños y perjuicios no pueden tener por objeto el de compensar la pérdida de beneficios esperados del contrato no concluido.»

El artículo 21 dice: «Independientemente de cualquier ruptura, el que utiliza sin autorización una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones incurre en responsabilidad delictual».

Y artículo 22: «El acuerdo de principio por el que las partes se han comprometido a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos quedan por determinar, está sometido a las disposiciones del presente subtítulo».

Se observa, pues, que este proyecto opta también por la fórmula de unas pocas reglas sobre las negociaciones precontractuales, expresadas en dos principios: la buena fe y la confidencialidad.

Es digno de subrayarse que el proyecto decide pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad dimanante de actos realizados en la fase de negociación, inclinándose expresamente por considerarla «responsabilidad delictual»¹⁰⁷.

El Rapport de présentation del proyecto es muy lacónico al referirse a los artículos sobre la «formación del contrato». Se limita a decir que el *Code* no contiene ningún artículo relativo a ese «proceso», por lo que la jurisprudencia ha tenido que paliar ese silencio¹⁰⁸.

iii. Un grupo de trabajo dirigido por el profesor François Terré, presidente de la Academia de Ciencias morales y políticas, había venido elaborando unas «Propuestas de reforma del Derecho de contratos». Su texto fue entregado al Ministerio de Justicia el 17 de noviembre de 2008¹⁰⁹.

Este *proyecto* declara haber tenido en cuenta, entre otros, los *Principios Lando*, los *Principios Unidroit*, el *Proyecto Catala* y el *DCFR* (este último, en su edición de 2008).

¹⁰⁷ Por cierto, lo mismo sucede en el caso de la retractación de la oferta. En efecto, el artículo 26 dice que «la retractación de la oferta, violando la obligación de mantenerla que se prevé en el artículo 25, no entraña más que la responsabilidad delictual de su autor, sin obligarle a compensar la pérdida de los beneficios esperados del contrato».

¹⁰⁸ PICON, Yves, «Les projets français...», citado, p. 6, formula la misma observación. Y ya que aludo de nuevo al trabajo del profesor de la Universidad de Perpignan, hago notar que conoce y menciona –lo hace al referirse a la causa del contrato– la propuesta de modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación (esto es, a la que he referido brevemente en un apartado anterior de este trabajo).

¹⁰⁹ TERRÉ, François (director), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2009.

El objeto de este *Proyecto Terré* es el Título I («*De los contratos*») del Libro III del *Code*. El Capítulo I («*Disposiciones generales*») comprende los artículos 7 a 12. El Capítulo II lleva por rúbrica «*De la formación del contrato*», y está compuesto por seis secciones. La primera de ellas «*De la conclusión del contrato*», artículos 14 a 31, se divide a su vez en cuatro subsecciones, respectivamente dedicadas a «*la oferta y la aceptación*», las «*condiciones generales*», las «*negociaciones*» y «*promesas y pacto de preferencia*».

Los artículos relativos a *las negociaciones*, 24 a 27, dicen:

Artículo 24: «La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de los tratos preliminares son libres, pero deben cumplir las exigencias de la buena fe.

La culpa en el ejercicio de la facultad de ruptura es fuente de responsabilidad. Concurre sobre todo cuando una de las partes ha entablado o mantenido negociaciones sin tener una verdadera intención de llegar a un acuerdo.

Los daños y perjuicios no pueden en ningún caso compensar la pérdida de los beneficios esperados del contrato no concluido.»

Se observa una notable similitud con el artículo 20 del *Proyecto de la Chancellerie*. Pero hay diferencias con el artículo 1.104 del *Proyecto Catala*¹¹⁰.

Artículo 25. Como el artículo 21 del *Proyecto de la Chancellerie*, establece el deber de indemnizar como consecuencia de la utilización no autorizada de una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones. Y al igual que en el *Proyecto de la Chancellerie*, se califica de delictual dicha responsabilidad¹¹¹.

¹¹⁰ Estas diferencias son objeto de explicación y justificación por AUBERT DE VINCELLES, Carole, en su *rapport* sobre los artículos del proyecto relativos a la conclusión del contrato, pp. 133-137. En otro orden de cosas, la autora se inclina por calificar como delictual la responsabilidad derivada de la ruptura de las negociaciones; se apoya al efecto en la línea tradicional de la jurisprudencia francesa.

¹¹¹ En su *rapport*, AUBERT DE VINCELLES, Carole, p. 138, pone el acento en la particularidad de la reparación del perjuicio sufrido en caso de violación del deber de confidencialidad, según los *Principios Lando*, según los *Principios Unidroit* y también según el *Proyecto Gandolfi*. En ellos se prevé la posibilidad de que la reparación comprenda, además de la reparación del perjuicio sufrido por la víctima, la restitución del beneficio que hubiere obtenido la otra parte. La comentarista señala que la singularidad de los citados proyectos se explica sobre la base del Derecho anglosajón y particularmente a causa de la *Restitution*, consistente en transferir a la víctima el beneficio que otra persona hubiese obtenido en detrimento de aquélla. Pero advierte AUBERT DE VINCELLES que esta fórmula es desconocida en Derecho francés y se acercaría a los daños punitivos, tampoco reconocidos. La autora explica la cuestión señalando que el *Proyecto Catala* propone, en su artículo 1.372 (según creo, es el 1.371), la introducción, por vez primera, de la noción de *daños punitivos* como sanción «de una culpa manifiestamente deliberada». Pero concluye que si los *daños punitivos* debieran ser introducidos en el Derecho francés, parecería preferible

El artículo 26 coincide, salvo en un extremo de puntuación, con el 21 del *Proyecto de la Chancellerie*: las partes pueden, mediante un acuerdo de principio, comprometerse a negociar ulteriormente un contrato cuyos elementos están por determinar; las partes deben concurrir de buena fe en esa determinación.

Y el artículo 27, a su vez, casi coincide literalmente con el 22 del *Proyecto de la Chancellerie*: el régimen de los acuerdos destinados a establecer el desarrollo o la ruptura de los tratos preliminares está sometido a las disposiciones del Título III (en el texto de la *Chancellerie* se dice «subtítulo»).

V. RECAPITULACIÓN Y OTRAS CONSIDERACIONES

i. En las apretadas páginas precedentes (está muy justificado el límite en extensión que se nos ha impuesto), he intentado poner de relieve, en primer lugar, un notable contraste.

Mientras los códigos civiles carecen de una reglamentación de los deberes de las partes en la negociación previa al contrato y de las consecuencias de su infracción (o, en su caso, lo hacen de forma muy parca), los proyectos de codificación europea vuelcan su atención sobre esa materia.

Trasladándonos a un terreno más amplio (el de la *formación del contrato*), es ciertamente loable que los proyectos en cuestión (destaca el *DCFR*) se cuiden de las fases de preparación y de perfección del contrato en la forma en que lo hacen, superando así los silencios o las insuficiencias de los códigos nacionales.

Ya es significativo el puro dato «cuantitativo» o de extensión. En el *DCFR*, los artículos del Libro II (más o menos equivalente a la disciplina del contrato en general, en un código de la familia del francés) son 132. De ellos, 15 versan sobre deberes precontractuales y 19 sobre la «formación» del contrato, esto es, incluyendo el régimen de oferta y aceptación¹¹².

Los proyectos, en este punto, recogen las mejores aportaciones doctrinales y aciertan en traducir a «normas» no pocos *casos de conflicto* y no pocas de las soluciones que brinda la jurisprudencia comparada.

hacerlo de manera general, como una cuestión de principio, a fin de no dar lugar a «situaciones sectoriales».

¹¹² El Libro III, sobre obligaciones y los derechos correspondientes, está formado por 92 artículos. Equivaldría al régimen de la obligación en general, en un código de corte tradicional.

Particular elogio merece, a mi juicio, el que en los proyectos citados se contemplen, en particular, los deberes que pesan sobre las partes de una negociación. Quedan de esa forma configurados unos *deberes de conducta precontractuales* que, también a mi entender, merecían alguna suerte de «codificación».

Como he apuntado anteriormente –y, desde luego, la idea no es nueva–, la formulación normativa de los deberes precontractuales (o *de las negociaciones*) tiene la virtud de ofrecer al intérprete –siquiera *a contrario*– un cierto catálogo de *conductas antijurídicas*, útil para concluir en un juicio de *responsabilidad*. Si, como creo, la responsabilidad dimanante de los comportamientos de las partes en la fase de negociación del contrato debe calificarse de *extracontractual* (al menos, si el contrato no llega a perfeccionarse), y si, además, tomamos conciencia del proceso intelectual que ha llevado a «diluir» la antijuridicidad hasta casi solaparla con la culpabilidad, el establecimiento de un catálogo de conductas inherentes a la *negociación* tiene la virtud de evitar un peligroso (por inseguro) ámbito de discrecionalidad o arbitrio judicial.

ii. Sin embargo, creo que merece alguna reflexión el hecho de que algunos de los proyectos (me refiero sobre todo al más extenso y detallado, el *DCFR*) contengan una tan pormenorizada enumeración y regulación de los *deberes precontractuales*, de posibles formas de vulneración de los mismos y de las consecuencias que esa vulneración acarrea.

Bueno es, ciertamente, el propósito de describir *conductas precisas* en la fase de negociación. En efecto, a la dosis de seguridad jurídica («certeza de las soluciones») que es propia de las normas legales, en general, se añade en este caso la esperada de un sistema jurídico (el imaginario Código europeo), pensado para superar las insuficiencias de los ordenamientos nacionales y para sentar unos *principios* que tengan acomodo en esos ordenamientos y en sus respectivas construcciones doctrinales y jurisprudenciales.

El propio *DCFR* establece entre sus «principios», junto con los de libertad, justicia y eficiencia, el de *seguridad*. Se alude expresamente a la «certeza jurídica» y a la «previsibilidad» (se entiende, de las «soluciones», entre ellas las sentencias judiciales)¹¹³.

No obstante, son abundantes las ocasiones en las que, por mucho que el texto quiera contemplar hipótesis muy concretas, el *DCFR* acude a «términos abiertos» o conceptos jurídicos necesitados de adaptación a cada caso (en buena medida, *conceptos jurídicos indeterminados*).

¹¹³ V. pp. 44-53.

Por referirme sólo a seis de los artículos que he citado, sobre *deberes precontractuales*, encontramos, por ejemplo, expresiones como las siguientes:

lo que la otra persona «pudo esperar razonablemente»,
estándares de calidad y cumplimiento «que serían normales según las circunstancias»,
una «buena práctica comercial».

Esto se encuentra en el artículo II.3:101.

En el II.3:102:

lo que un «consumidor medio» podría esperar que se debiese, teniendo en cuenta «todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación empleado»,
la «información relevante necesaria» para tomar una decisión, «requisitos de diligencia profesional».

En el artículo II.3:103:

consumidor en «especial desventaja»,
un deber «adecuado a las circunstancias»,
una «información clara»,
un «plazo razonable»,
«según las circunstancias».

En el II.3:106:

como «sea adecuado en cada caso» (o, dicho de otro modo, como «corresponda en cada caso»),
«medio duradero» (información o comunicación).

En el III.3:302:

«tanto por su naturaleza como por las circunstancias»,
lo que una parte «sabe o se puede razonablemente esperar que sepa»,
la parte que «razonablemente prevé».

Pero no es sólo eso, sino que en el artículo I.1:103, que define el capital concepto de *good faith and fair dealing*, se habla de *actuar de forma inconsecuente* y de *haber confiado razonablemente*, una parte, en las declaraciones o conducta de la otra.

Los propios autores del *DCFR* son conscientes de esta circunstancia, cuando advierten de que una cuestión previa es la de si la seguridad contractual está más protegida por «reglas rígidas» o por

reglas que, utilizando «términos abiertos», como *razonable*, dejan lugar a la flexibilidad¹¹⁴.

En el *DCFR*, en suma, se ha optado por una determinada fórmula de técnica normativa, desde luego muy próxima a la que es característica de la *legislación* de la Unión Europea. Es una decisión defendible, desde luego, mas creo que tiene cabida la pregunta de si la técnica de abundantes «reglas rígidas», pero con también frecuente necesidad de acudir a «términos abiertos» (en otras palabras, a la discrecionalidad judicial), habría o no justificado la fórmula contraria: esto es, la de someter los *deberes precontractuales* a unos «grandes principios» (buena fe, lealtad, información, confidencialidad), sin entrar en pormenores¹¹⁵.

iii. En la materia que me ocupa, el concepto fundamental es el de *good faith and fair dealing*, definido, como hemos visto, en el artículo I.1:103.

Procede recordar el texto que antes he reproducido, tomado del comentario a dicho artículo. Se dice allí que *good faith and fair dealing* se refiere a un estándar de conducta caracterizado por la honradez (u honestidad), franqueza (o lealtad) y consideración hacia los intereses de la otra parte. Se advierte de que la «expresión compuesta» *good faith and fair dealing* es diferente, en este ámbito, de la *buena fe*. Ésta, en principio, se refiere a un estado mental subjetivo generalmente caracterizado por la honestidad y la falta de conocimiento de que una situación aparente no es la verdadera. En un tono muy didáctico, el *DCFR* señala que a veces se usa la expresión *buena fe* en este sentido subjetivo; por ejemplo, un determinado resultado sólo puede derivar de que el comprador haya adquirido bienes *de buena fe*, sin conocimiento de las pretensiones de un tercero.

Parece claro que este concepto de *good faith and fair dealing* puede ser suficiente para salir al paso de la posible interpretación de que las «reglas rígidas» constituyen un *numerus clausus*; es decir, excluyente de cualquier otra conducta no contemplada en ellas.

iv. Manteniéndome también en el *DCFR*, se observa que el texto huye de una explícita calificación (como contractual o como extracontractual) de la responsabilidad resultante del incumplimiento de los *deberes precontractuales*.

¹¹⁴ P. 47, donde la Introducción desarrolla el principio de «seguridad» (jurídica), uno de los inspiradores del proyecto.

¹¹⁵ Esto último es, como hemos visto, lo que hacen los trabajos prelegislativos que antes he mencionado (las dos Propuestas de la Comisión General de Codificación, el Anteproyecto argentino de 1998 y los proyectos franceses).

No faltan alusiones a la «*contractual obligation*». Por ejemplo, en el artículo II.3:109, relativo a las acciones por incumplimiento de los deberes de información¹¹⁶.

Por otro lado, el artículo 1:101 del Capítulo 3 del Libro III, al que se remite el antes citado artículo II.3:109, declara la aplicabilidad de tal Libro III a *todas las obligaciones*, añadiendo: «*tanto si son contractuales como si no*».

Además, es menester recordar que algunas reglas sobre *deberes precontractuales* se aplican al caso en el que el contrato ha sido efectivamente concertado, mientras que otras alcanzan tanto a la hipótesis de contrato perfeccionado como a la de que el contrato no se hubiese llegado a convenir.

Me parece que la alternativa (responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual), o incluso una tercera posible opción, sólo puede solventarse –en lo que a la infracción de los *deberes precontractuales* se refiere–, y todo ello en la «mente» del *DCFR*, mediante el análisis conjunto del «espíritu» del propio *DCFR* sobre qué significa *contractual obligation* y *non-contractual obligation*.

Es ésta una cuestión del máximo interés, pero que sobrepasa los objetivos del presente trabajo.

Ahora me limito a señalar que el esquema del *DCFR* parece girar en torno a un binomio: de un lado, *obligaciones contractuales*, y de otro, *obligaciones no contractuales*. Esta dualidad es la que en la *Introducción* del *DCFR* se utiliza, por ejemplo, al describir el alcance de los cuatro principios inspiradores del proyecto, esto es, los ya citados de libertad, seguridad, eficiencia y justicia¹¹⁷.

De la misma *Introducción* se infiere que las *obligaciones no contractuales* comprenden las resultantes de la gestión de negocios ajenos, de la responsabilidad no contractual por daño causado a otro y del enriquecimiento injusto. Y estas tres últimas figuras constituyen, por ese orden y correlativamente, el objeto de los Libros V, VI y VII.

Descartada la posible *confusión* con gestión de negocios y con enriquecimiento injusto, el problema residiría en optar entre *the*

¹¹⁶ En las «definiciones» que preceden al Libro I, y en relación con «contractual obligation», se dice: «A “contractual obligation” is an obligation which arises from a contract, whether from an express term or an implied term or by operation of a rule of law imposing an obligation on a contracting party as such».

¹¹⁷ Al tratarse sobre la «seguridad», por citar un caso, se distingue entre «contractual security» y «non-contractual obligations», pp. 45-52 de la «edición completa».

law of contract y the law on non-contractual liability, usando la forma misma en que se expresan los comentarios al *DCFR*¹¹⁸.

El Libro VI del *DCFR* versa sobre la allí llamada «non-contractual liability arising out of damage caused to another», que abreviadamente se designa también como «non-contractual liability». Se trata de la que habitualmente conocemos como responsabilidad civil o como responsabilidad extracontractual; esto es, en el lenguaje doctrinal ya muy afincado, Derecho de daños¹¹⁹.

Pues bien, de la lectura del primero de los artículos sobre la «*non-contractual liability arising out of damage caused to another*» parece desprenderse que la responsabilidad derivada de la violación de los deberes precontractuales se configura, en el *DCFR*, como *contractual*.

Ese artículo 1:101 dice: «1:101: Basic rule. (1) A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage. (2) Where a person has not caused legally relevant damage intentionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 so provides»¹²⁰.

A la misma conclusión (la responsabilidad derivada de las negociaciones preliminares es de carácter contractual), aunque la formulo con reservas, lleva el artículo 1:103 del mismo Libro VI, sobre el «*ámbito de aplicación*» de la *non-contractual liability*. Se dice en él que la «regla básica» del artículo 1:101, esto es, la que he transcrito líneas arriba, «(a) *apply only in accordance with the following provisions of this Book; (b) apply to both legal and natural persons, unless otherwise stated; (c) do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules; and (d) do not affect remedies available on other legal grounds*»¹²¹.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, en el comentario al artículo VI.1:103, pp. 3118-3119, del volumen 4 de la «edición completa». En este lugar, por cierto, se pone de relieve que ambas formas de responsabilidad (contractual y no contractual) se han ido aproximando recientemente en lo que se refiere a sus respectivas consecuencias jurídicas; por lo que, se dice, ha quedado de hecho diluido el significado práctico del problema de la «conurrencia de acciones», esto es, de la alternativa entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

¹¹⁹ Sobre la terminología del *DCFR*, en este punto, v. volumen 4 de la «edición completa», sobre todo pp. 3083-3138, donde se encuentran el texto, el comentario y las notas a los artículos 1:101, 1:102 y 1:103 del mentado Libro VI. En ese lugar se explica, por ejemplo, por qué se han evitado expresiones como *tort*, *delict*, o *civil responsibility*.

¹²⁰ Comentario y notas en VI, pp. 3083-3105.

¹²¹ El comentario y las notas a este artículo se encuentran en VI, pp. 3114-3138. Son particularmente dignas de interés las referencias a distintos ordenamientos nacionales europeos en lo que respecta a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, así como a la posible concurrencia de ambas.

Del apartado (d) se infiere, a mi juicio, que la responsabilidad derivada de las relaciones precontractuales, no encuentro otra forma de decirlo, *no es contractual*. Y esto porque, como hemos visto, el artículo 3:501 del Libro II (es decir, el Libro sobre «*Contratos y otros actos jurídicos*») establece con carácter general un régimen de acciones aplicable a *todo caso* de incumplimiento de *cualquier deber* de los calificados en el propio Libro II como «precontractual».

v. Como es sabido, el extremo del anterior apartado no es baladí: de la calificación de una responsabilidad como contractual o como extracontractual pueden derivar, entre otros, efectos muy significativos en punto a problemas sobre los que ahora no es posible insistir. Por ejemplo, plazo de prescripción de la acción, cobertura o no de un seguro u otro, ley aplicable en caso de conflicto, etc.

Sólo menciono ahora la cuestión relativa a la ley aplicable en el caso de «conflicto de leyes».

Esa cuestión, que con acierto ha sido contemplada por alguna voz en la doctrina española, *incluso a la luz del DCFR*¹²², reside en lo que dispone el artículo 12 del Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales, de 11 de julio de 2007, comúnmente denominado *Roma II*.

Dicho artículo 12 dispone: «Culpa in contrahendo. 1. La Ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será: a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o, c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más

¹²² TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea», artículo inédito, en curso de publicación.

estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país.»

De otro lado, en el apartado 30 del preámbulo del Reglamento se explica el significado del artículo 12 transcrito. Reza así: «La culpa in contrahendo a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento.»

Es llamativo que *Roma II* adopte una fórmula de *ley aplicable* similar a la propia de una controversia sobre obligaciones contractuales¹²³. Tanto más, cuando el artículo 12 califica de *extracontractual* la obligación derivada de los tratos previos a la celebración de un contrato, y además *con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente*. También el apartado 30 del preámbulo, aludiendo a la violación del deber de información y a la ruptura de los tratos contractuales, habla de *obligaciones extracontractuales*.

Es de suponer que el contraste al que me refiero tiene su explicación en el hecho de que la *lex contractus*, de acuerdo con *Roma I*, es de más fácil determinación que la *ley del país donde se produce el daño*, que es el principio general adoptado por *Roma II* para la fijación de la ley aplicable. Esta posible explicación se relaciona, además, con la circunstancia de que la *lex contractus* es una solución más fácilmente previsible por las partes.

Sea como fuere, merece señalarse que existiría en este punto una coincidencia de *Roma II* (en cuanto a la ley aplicable, no en cuanto a la calificación de la *obligación*) con el *DCFR*. Esa coincidencia se daría si es correcta mi interpretación de que el *DCFR* excluye que los *deberes precontractuales* tengan, en terminología del propio proyecto, carácter *non-contractual*.

vi. Desde luego, parece fundada la opinión que antes he expresado. Esto es, la de que en todos los proyectos que he mencionado, la *conducta* (actitud, modo de proceder, comportamiento) de las partes, en las negociaciones previas al contrato, hayan o no conducido a él, reviste una particular importancia, por lo que mere-

¹²³ Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como *Roma I*.

ce también un especial análisis. Cuando el contrato llega a concertarse, porque esa conducta puede ser un elemento de interpretación de capital importancia. También en la hipótesis de que el contrato se concierte, porque esta circunstancia no excluye *responsabilidades precontractuales*. Y, por fin, cuando el contrato no se perfecciona, por el hecho de que –valga el modo de hablar– únicamente *quedan*, como *datos de hecho* determinantes de derechos y obligaciones, las *conductas* de las partes que trataron y discutieron; en suma, que *negociaron*¹²⁴.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho civil*, 2002, pp. 1133-1227.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, cita sobre la cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 659-664.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho civil*, 2008, pp. 211-239.
- «La contribución al Marco Común de Referencia de los principios de Derecho contractual comunitario», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 49-157.
- «Hacia un Derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, citado, pp. 209-238.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: «Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 1415-1433.
- ATIYAH, P. S.: *An introduction to the Law of contract*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 1981, p. 62.
- AUBERT DE VINCELLES, Carole: «Le processus de conclusion du contrat», en Terré, François (director), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2009, pp. 119-146.
- *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, en <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>.
- BENATTI, Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milán, 1963.
- BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, II, cita sobre la octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 133-147.

¹²⁴ Este trabajo está cerrado al día 30 de diciembre de 2009.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 628, pp. 747-788.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El hipotético “Código civil europeo”: ¿por qué, cómo y cuándo?», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, I, pp. 347-379.
- (Coordinador): *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003.
- CARBONNIER, Jean: *Derecho civil*, edición española con traducción y adiciones de conversión al Derecho español de Zorrilla Ruiz, Manuel María, II, 2, Bosch, Barcelona, 1971.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», en *Aranzadi Civil*, 21, marzo 2006, pp. 15-38.
- *Código europeo de contratos*, presentación Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi, traducción José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- COLIN, Ambrose, y CAPITANT, Henry: *Curso elemental de Derecho civil*, edición española con notas de Demófilo de Buen, Editorial Reus, Madrid, 1924.
- Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil: «Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín de Información*, enero de 2009, pp. 1-70.
- Comisión General de Codificación. Sección de Derecho mercantil: «Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *Boletín de Información*, 2006, 1 de febrero de 2006, pp. 203-216.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Tratado de responsabilidad civil* (coordinador, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio), Bosch, Barcelona, 2008.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 165-186.
- DELEBECQUE, Philippe, y MAZEAUD, Denis: «Formation du contrat», en *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, en <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>, pp. 16-18.
- *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros (coordinadores), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Civitas, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen primero, citado sobre la 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DOMINGO, Rafael (editor): *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en Droit suisse*, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973,
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, y VAQUER ALOY, Antoni (editores): *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ESPINA, Daniel: «El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios UNIDROIT y Principios de Derecho Contractual

- Europeo», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2431-2484.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones: A propósito de la STS (Sala 1.ª) de 16 de mayo de 1988», *Diario la Ley*, 1989, 4, pp. 1112-1119
- *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GIORGI, Giorgio: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, edición española, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Los principios Lando», *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevilla, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151-182.
- HILSENRAD, Arthur: *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Arthur Rousseau, París, 1932 (edición española bajo el título *Las obligaciones precontractuales*, traducción y apéndice relativo al Derecho español de Menéndez Pidal, Faustino, Góngora, Madrid, s.d., reimpresión de Analecta Editorial, Pamplona, 2006).
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh: *Principios de Derecho contractual europeo. Parte I y II*, con el subtítulo «Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”», edición: Ole Lando y Hugh Beale», edición española a cargo de BARRÉS BENLLOCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- *Le Code civil du Québec. Commentaires du Ministre de la Justice*, Les publications du Québec, Québec, 1993.
- LEIBLE, Stefan: «¿Qué hacemos con el Marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 221-249.
- LLOBET AGUADO, Josep: *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LUNA SERRANO, Agustín: «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos», *Estudios de Deusto*, 51, 2003, pp. 307-316.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, 4.ª edición, VIII, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *Anuario de Derecho civil*, 1984, pp. 687-748.
- «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp. 979-1009.
- MARTÍ MOYA, Vanessa: «Los tratos preliminares en las operaciones de *mergers and acquisitions* a la luz de la unificación del derecho contractual europeo», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevilla, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 363-375.
- MARTÍN-CASALS, Miquel (coordinador): *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «El European Group on Tort Law y la elaboración de unos “Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)», en *Derecho privado europeo* (coordinador Cámara Lapuente, Sergio), Colex, Madrid, 2003, pp. 217-226.

- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MASIDE MIRANDA, José Enrique: «El futuro Código civil europeo de contratos», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 684, julio-agosto 2004, pp. 1769-1830.
- MCGREGOR, Harvey: *Contract Code*, traducción y nota preliminar de DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MEDINA ALCOZ, María: «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *Revista de Derecho privado*, mayo-junio 2005, pp. 79-105.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MORÁN BOVIO, David (coordinador): *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2.^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*, XX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: «Formación», en *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional* (coordinador Morán Bovio, David), Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 107-165.
- «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», en *Diario La Ley*, 6725, 31 de mayo de 2007, pp. 1-7.
- «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 453-500.
- «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009 pp. 183-207.
- PICOD, Yves: «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *Indret*, octubre 2009.
- PROTET, Paul: *Culpa in contrahendo et responsabilicé précontractuelle en droit privé suisse*, Staempfli et Cie., Berna, 1963
- *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Sellier, Munich, 2007.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editores Von Bar, Christian, y Clive, Eric, Sellier, Munich, 2008.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editores Von Bar, Christian, y Clive, Eric: «edición completa», Sellier, Munich, 2009.
- *Proyecto de Código civil de la República Argentina. Unificado con el Código de comercio*, edición preparada y coordinada por Besalú Parkinson, Aurora, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1999.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: “soft law versus hard law” o “Comisión contra Parlamento”»,

- en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 377-405.
- SCHULTZE, Reiner, y ZIMMERMANN, Reinhard: *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, edición española a cargo de Arroyo i Amayuelas, Esther, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- SCHELZE, Reiner: «Estado actual de los debates sobre el Marco común de referencia», en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores, Díaz Romero, María del Rosario, y otros), Civitas, Madrid, 2008, pp. 407-428.
- TERRÉ, François (director): *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2009.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «Precontrato y contrato preparatorio», en *Acciones civiles*, edición digital, director Eugenio Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2007, y actualización en curso.
- «Damages for Fraud in Case of not Avoiding the Contract», en *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, editor Antoni Vaquer, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pp. 65-75.
- «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea», artículo inédito, en curso de publicación.
- VAQUER ALOY, Antoni: *La tercera parte de los principios de Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «El Marco Común de Referencia», en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (director Bosch Capdevila, Esteve), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- VALÉS DUQUE, Pablo: «Responsabilidad precontractual, o culpa in contrahendo», en *Teorías y aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, editores Ángel Sánchez de la Torre e Isabel Araceli Hoyo Sierra, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 527-575.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés*, edición del autor, Málaga, 1996.
- VIAL DEL RÍO, Víctor: *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edición, Santiago de Chile, 2003.
- WADDAMS, S. M.: *The Law of contracts*, 2.ª edición, Canada Law Book Inc., Toronto, 1984.

Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá*

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

El artículo tiene como objeto abordar un estudio comparado entre España y Canadá de la cuestión de la ley aplicable a la capacidad matrimonial en los supuestos de matrimonios entre personas del mismo sexo. Ambos Estados son de los pocos que en el Derecho Comparado admiten el matrimonio homosexual, por consiguiente, se pueden ver enfrentados al arduo problema que se plantea cuando la ley personal de uno o los dos contrayentes que pretenden contraer matrimonio en el foro no admite tal tipo de matrimonio. Ante esta situación se han propuesto o articulado diversas soluciones que permiten acceder al matrimonio en estas complejas situaciones.

La comparación se ha realizado respecto de Estados con sistemas jurídicos sensiblemente diferentes. Canadá, dejando a salvo la peculiar excepción de Québec, es un país de Common Law, y por consiguiente, parte de unas concepciones jurídicas sensiblemente diferentes a las españolas. Esta realidad se aprecia claramente también a la hora de regular las relaciones privadas internacionales, como lo demuestra, por ejemplo, el uso del domicilio como conexión para determinar la ley personal de las personas físicas.

* Este artículo tiene como origen la estancia de investigación que desarrollé durante el mes de agosto de 2009 en la University of British Columbia en Vancouver, y para la que disfruté de una beca concedida por el Gobierno de Canadá, dentro del programa Understanding Canada-Canadian Studies. Quiero manifestar mi más sincero agradecimiento por tan generosa concesión.

También quiero poner de relieve mi profunda gratitud al Profesor Bruce MacDougall, Associate Dean for Graduate Studies and Research de la Facultad de Derecho de la citada Universidad. Quien me ayudó con los imprescindibles trámites administrativos previos, pero sobre todo en el desarrollo de la investigación y que ha tenido la gentileza de leer y corregir este artículo antes de su publicación.

Ciertamente, el hecho de que España y Canadá empleen conexiones diferentes para determinar la ley personal motiva que el problema se plantee de manera parcialmente distinta. La conexión nacionalidad, como manifestación del principio de soberanía, ordena la aplicación de un ordenamiento extranjero respecto del estatuto personal de los no nacionales. Por el contrario la conexión domicilio representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive, es una conexión más real, especialmente en la concepción canadiense, y favorece la coincidencia entre forum y ius.

El artículo se sustenta fundamentalmente en el análisis de la práctica jurisprudencial y administrativa, por esta razón se centra en los problemas reales y sus concretas soluciones. Como está elaborado desde la perspectiva de un autor español se detiene a hacer una introducción en el sistema canadiense y en la evolución en el mismo de la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como ideas finales concluimos que por las diferencias inherentes a los dos ordenamientos el problema se suscita de manera diversa. Una vez más se ponen de relieve las consecuencias que tiene la dualidad nacionalidad-domicilio a la hora de determinar la ley personal. La cuestión se plantea en el ordenamiento canadiense con menor frecuencia e intensidad que en el español. Pero con independencia de este presupuesto, y salvando las lógicas diferencias, llama la atención que las principales soluciones propuestas, orden público y referencia a los derechos y libertades fundamentales de rango constitucional, coinciden en ambos sistemas.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio entre personas del mismo sexo – capacidad – ley aplicable – estudio comparado España-Canadá – domicilio – nacionalidad

ABSTRACT

The applicable law to the marital capacity in cases of same-sex marriages is analyzed in this essay from a comparative approach between the Spanish and the Canadian legal system. Both of them are part of the minority group of systems that admit the same-sex marriage and, therefore, that may be tackled to the problem arised when the personal law of one of the brides or grooms that pretend to get married in the forum does not allow such a homosexual marital relationship. Whenever this occurs, several solutions have been proposed to avoid the nullity of these legal relationships.

The comparison has been made on two different legal systems. Canada, apart from the peculiar exception of Quebec, is a Common Law system and, therefore, is based on a remarkably different legal conception from the Spanish one. This statement is clearly shown in the field of the regulation of private international relationship, as for example, the choice of the domicile as the connecting point that determines the personal law of natural persons.

In any case, the use of different connecting points to determine the personal law by the Spanish (nationality) and Canadian legal systems (domicile) leads to partially different displays of the problem. The connecting point «nationality», as an expression of the sovereignty principle, may entail the application of a foreign legal system. On the contrary, the connection «domi-

cile», captures a major relationship with the social environment, it involves a more real connection and favours the union forum and ius.

This essay is mainly supported on the analysis of the judicial and administrative case law and, because of that, it is focused on real problems and specific solutions with a previous introduction to the Canadian system and a brief approach to the development of the same-sex marriage.

To conclude, it may be stated that by the differences inherent to both systems, the problem arises in a wide range of contexts. Once again, the consequences of the duality nationality-domicile will be evident when determining the personal law. This situation arises with less frequency and intensity in the Canadian legal system than in the Spanish one. However, and overcoming logical differences, it must be pointed out that the proposed solutions are similar in both systems (public order and reference to the fundamental rights of constitutional level).

KEYWORDS

Same-sex marriage – marital capacity – applicable law – comparative study Spain-Canada – domicile – nationality.

SUMARIO: I. *Introducción. Planteamiento de la cuestión.*—II. *Examen de la práctica española.* 1. *Precisiones introductorias.* 2. *Razones que justifican la aplicación del ordenamiento español.* A. El orden público internacional español. B. La invocación de los principios constitucionales en la apreciación del orden público. C. La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial. D. El reenvío de retorno. E. La cuestión de la eficacia en el extranjero del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España. 3. *Otros problemas conexos.* A. La competencia de las autoridades españolas para celebrar matrimonios. Especial referencia al matrimonio consular. B. La cuestión del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero con anterioridad a la Ley 13/2005. C. La incidencia del certificado de capacidad nupcial.—III. *Análisis de la problemática desde la perspectiva canadiense.* 1. *El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho canadiense. Antecedentes y régimen legal.* A. Introducción. B. La acción de los tribunales. C. *Civil Marriage Act.* 2. La ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio en el Derecho canadiense. A. Precisiones previas. B. La ley del domicilio como rectora de la capacidad nupcial. 3. Razones que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo en el supuesto de sujetos domiciliados en países que no admiten tal institución. A. Precisiones sobre la naturaleza y operatividad de la conexión domicilio. B. El orden público. C. El respeto a los derechos y libertades y en especial la supresión de cualquier forma de discriminación. D. *Intended matrimonial home doctrine.* E. Soluciones acordes con la movilidad de las personas en un mundo global.—IV. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

De los variados problemas que plantea el matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito del Derecho Internacional Privado¹, posiblemente uno de los más complejos es el referente a la capacidad para contraer matrimonio homosexual de los extranjeros nacionales de países cuyos ordenamientos no permiten dicho matrimonio². Partiendo de esta premisa, tiene un especial interés el abor-

¹ Vid. *inter alia* y con carácter general: C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004. Id., «Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el Derecho Internacional Privado europeo», en: S. NAVAS NAVARRO (dir.), *Matrimonio Homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Madrid, 2006, pp. 99 y ss. A. QUIÑONES I ESCÁMEZ, «Límites internacionales a la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo», en: C. LASARTE (ed.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia*, Madrid, 2006, pp. 497 y ss. Id., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, 2007. Id., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *RJC*, 2005, pp. 1171 y ss. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo», *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, T. II, pp. 1395 y ss. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «La incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea», *REDI*, 2005, pp. 841 y ss. E. ZABALO ESCUDERO, M. P. DIAGO DIAGO, «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», *Novedades Legislativas en materia matrimonial. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 130, 2008, pp. 245 y ss. H. FULCHIRON, «Mariage et partenariats homosexuels en Droit International Privé Français», *RIDC*, 2006-2, pp. 409 y ss. N. GALLUS, «Le mariage des homosexuels et le droit international privé», en: A. VAN GYSEL (ed.), *Droit familial: actualité législative et jurisprudentielle*, Bruxelles, 2004, pp. 9 y ss. M. MIGNOT, «Effects en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de L'Union Européenne», *La semaine juridique*, 2005, n.º 48, pp. 2195 y ss. R. BARATTA, «Problematic of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007-1, pp. 4 y ss. N. BOSCHIERO, «Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit privé italien», *RDI*, 2007, pp. 50 y ss. M. COOK, J. E. SHELLY, «Recognition of Same-Sex Marriage», *Geo. J. Gender & L.*, 2007, pp. 683 y ss. F. COLLIENNE, «L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux: une perspective réaliste?», *RTDF*, 2006, pp. 963 y ss. V. A. LAVELEY, «The Path to Recognition of Same-Sex Marriage: Reconciling the Inconsistencies Between Marriage and Adoption Cases», *UCLA L. Rev.*, 2007, pp. 247 y ss.

² Hay que ser muy conscientes de que en los países en los que no se ha plasmado legalmente la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo las soluciones jurídicas son muy diversas y exigen un tratamiento individualizado y específico (K. BOELE-WOELKI, «What Comparative Family Law Should Entail», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law around the Globe at the dawn of the 21st Century*, Antwerp, 2009, pp. 3 y ss.). Así, centrándonos solo en el mundo occidental, podemos encontrar casos como el de Polonia que consagra a nivel constitucional la heterosexualidad del matrimonio (artículo 18 de la Constitución) o el de distintos Estados que bajo figuras como las *civil unions*, *same-sex partnerships*, reconocimiento de las parejas de hecho, etc. han conferido distintos niveles de protección, a veces casi coincidentes con el matrimonio, a las parejas homosexuales [por citar algunos de los menos conocidos: R. MARTINS, «Same-sex Partnerships in Portugal. From de facto to de jure?», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law ...*, pp. 279 y ss. O. SZEIBERT-ERDŐS, «Same-sex partners in Hungary. Cohabitation and registered partnerships», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law ...*, pp. 305 y ss.]. O también como la de Israel, cuyo Tribunal Supremo ha reconocido, a partir de una sentencia de 2006, un determinado status jurídico a los matrimonios entre israelíes del mismo sexo celebrados en el extranjero en un país que admitía dicho matrimonio, en concreto en Toronto. T. EINHORN, «Same-sex Family Unions in Israeli Law», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law ...*, pp. 319 y ss.

dar un estudio comparado entre las soluciones de España y Canadá. Ciertamente, se trata de Estados con sistemas jurídicos sensiblemente diferentes. Canadá, dejando a salvo la peculiar excepción de Québec, es un país de *Common Law*, y por consiguiente, parte de unas concepciones jurídicas sensiblemente diferentes a las nuestras. Esta realidad se aprecia claramente también a la hora de regular las relaciones privadas internacionales, como lo demuestra, por ejemplo, el uso del domicilio como conexión para determinar la ley personal de las personas físicas. Incluso, aunque Canadá, al igual que España, es un Estado plurilegislativo, las atribuciones de competencias entre el Estado, las diferentes Provincias y otras entidades con ordenamiento propio, como es el caso de los territorios de las naciones indias, es muy distinto al que tenemos en nuestro país.

Pero justamente la circunstancia de que nos encontramos ante sistemas jurídicos muy diferenciados enriquece el tratamiento de la dimensión comparada. Además, Canadá y España fueron, junto a Holanda³, Bélgica⁴ y Sudáfrica⁵, de los primeros Estados que admitieron el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto disponen de un mayor bagaje legal, jurisprudencial y doctrinal al respecto que otros países que se han orientado posteriormente por la misma línea legislativa, como es el caso de Noruega⁶ y Suecia⁷. Sin olvidar la situación de algunos Estados (Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Maine, New Hampshire)⁸ de Estados Unidos de América que suscitan una problemática particular sobre la que posteriormente retornaremos. Cuando se está finalizando este trabajo se anuncian importantes reformas en México D.F. y en Portugal.

³ Ley de 21 de diciembre de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2001 y reformó el artículo 30.1 del Código Civil de los Países Bajos (*Staatsblad*, 2001, n.º 9). K. WAALDIJK, «Other may follow: The introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in european countries», *New England LR*, 2004, pp. 572 y ss. K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMMER, M. JANSEN, W. SCHRAMA, «The evaluation of same-sex marriages and registered partnerships in The Netherlands», *YBPIL*, 2006, pp. 27 y ss. INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT. UNIVERSITÉ JEAN MOULIN – LYON 3, «Le mariage entre personnes de même sexe. Étude pour la Cour de Cassation», *RIDC*, 2008-2, pp. 432 y ss.

⁴ Ley de 13 de febrero de 2003, que entró en vigor el 1 de junio del mismo año e introdujo una nueva redacción del artículo 143 del Código Civil belga (*Moniteur Belge*, 28 de febrero de 2003). K. WAALDIJK, «Other may...», pp. 581 y ss. INSTITUT DE DROIT COMPARÉ ÉDOUARD LAMBERT. UNIVERSITÉ JEAN MOULIN-LYON 3, «Le mariage...», pp. 396 y ss. A. FIORINI, «New Belgian Law on same-sex marriages and its PIL Implications», *ICLQ*, 2003, pp. 1039 y ss.

⁵ Act 17 of 2006. P. DE VOS, «A judicial revolution? The court-led achievement of same-sex marriage in South Africa», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law...*, pp. 235 y ss.

⁶ La nueva legislación entró en vigor el 1 de enero de 2009.

⁷ Legislación aplicable desde el 1 de mayo de 2009.

⁸ I. CURRY-SUMMER, S. CURRY-SUMMER, «Is the Union Civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA», en: K. BOELE-WOELKI (ed.), *Debates in Family Law...*, pp. 339 y ss.

II. EXAMEN DE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

1. Precisiones introductorias

El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido introducido en el ordenamiento español mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁹. El elemento innovador fundamental radica en el párrafo 2.º que se añade al artículo 44 del Código Civil, que dice: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». El resto de los preceptos de la Ley son de modesta entidad y sustancialmente se centran en reformas terminológicas y de redacción. La Ley 13/2005 ha dado lugar a un cierto debate social, no especialmente intenso si lo comparamos con el que ha existido o existe en otros países. Además, en dicho debate los aspectos técnicos y jurídicos no se han abordado en profundidad, y cuestiones que fuera de España han suscitado gran interés, por ejemplo la objeción de conciencia de los funcionarios públicos, y que han motivado regulaciones legales específicas, en nuestro país se han resuelto rápidamente sin una discusión profunda y técnicamente rigurosa. El Grupo Parlamentario Popular ha presentado un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005¹⁰, pero previsiblemente la decisión del Tribunal Constitucional se va a demorar mucho tiempo.

La mencionada Ley no aborda cuestiones de Derecho Internacional Privado. Por lo tanto, para solucionar los supuestos que la misma plantea en este ámbito hay que acudir a las disposiciones generales del sistema que resulten aplicables. Y es justamente en este sector donde se han suscitado los más interesan-

⁹ BOE de 2 de julio de 2005.

¹⁰ Recurso de inconstitucionalidad n.º 6864-2005. Admitido a trámite mediante providencia de 25 de octubre de 2005 (BOE de 15 de noviembre de 2005). El texto del recurso puede consultarse en: <http://www.hazteoir.org/documentos/recursopp.htm> G. C. BRAVO DE MANSILLA, «¿Es inconstitucional hoy el matrimonio homosexual (entre personas del mismo sexo)?», *RDP*, 2005-II, pp. 37 y ss. S. CARRIÓN OLMOS, «Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio», *Diario La Ley*, 19 de julio de 2005, pp. 1 y ss. J. V. GAVIRIA SÁNCHEZ, «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», *REDCons.*, n.º 61, 2001, pp. 11 y ss. M. MURILLO MUÑOZ, «Matrimonio y homosexualidad. La constitucionalidad de la Ley 13/2005 de modificación del Código Civil español sobre derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n.º 5, 2005-I, pp. 261 y ss. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?», *REEI*, 2006. J. R. POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor, 2006. E. VALLADARES RASCÓN, «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», *Aranzadi Civil*, n.º 9, 2005, pp. 1 y ss.

tes problemas jurídicos, especialmente en la cuestión que centra este trabajo. De hecho, a los pocos días de la entrada en vigor de la nueva Ley, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la importantísima Resolución-Circular de 29 de julio de 2005¹¹ para tratar de resolver el espinoso problema de la ley aplicable a la capacidad matrimonial de los contrayentes extranjeros en los supuestos de matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, ante el silencio de la Ley 13/2005 y dado que el Derecho Internacional Privado español no contiene una regla específica reguladora de la capacidad nupcial, hay que acudir al artículo 9.1 del Código Civil, que nos remite a la ley personal, ley de la nacionalidad, de cada uno de los contrayentes. Esta solución se justifica por varias razones. En primer lugar, porque el citado precepto establece una regla general, que solo cede ante la existencia de normas especiales concretas, de tal manera que cualquier aspecto del estatuto personal no expresamente regulado en nuestro sistema debe quedar, en principio, sometido a la ley nacional. En segundo lugar, porque coincide con lo dispuesto en el Derecho Convencional del que España es parte¹². Finalmente, por la reiteradísima e inveterada doctrina

¹¹ BOE de 8 de agosto de 2005. Aranzadi JUR, 2005/184678. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español», *Diario La Ley*, n.º 6391, pp. 1 y ss. ID, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *BIMI*, n.º 2007, 2006, pp. 671 y ss. P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, «Notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *REDI*, 2006-I, pp. 309 y ss. ID., «Breves notas sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *REEL*, 2006. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Nota», *REDI*, 2005-2, pp. 994 y ss. ID., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *Diario La Ley*, 15 de enero de 2007. A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Espagne. – Mariage entre personnes du même sexe. Loi applicable», *Rev. crit. DIP*, 2005, pp. 855 y ss. R. ARENAS GARCÍA, «La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales», *AEDIPr*, 2005, pp. 351 y ss. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Nota a la Ley 13/2005», *AEDIPr*, 2005, pp. 509 y ss. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Spain. Private International Law Problems Relating to the Celebration of Same-Sex Marriages: DGRN of 29 July 2005», *YBPIL*, 2006, pp. 299 y ss. M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho Internacional Privado español» *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, www.juridicas.unam.mx

En términos casi idénticos se desenvuelve la Consulta de la DGRN 1.ª de 20 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3348 y ss.

¹² El caso más claro, entre otros, es el del artículo 1 del Convenio de Munich, de 5 de septiembre de 1980, de la Comisión Internacional del Estado Civil, referente a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (BOE de 16 de mayo de 1988). Establece el mencionado artículo: «Cada Estado contratante se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anejo al presente Convenio, cuando uno de sus nacionales lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna, con respecto a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones necesarias para contraer dicho matrimonio.»

de la DGRN, que en diversas Resoluciones ha defendido que la capacidad nupcial se rige por la ley nacional de cada contrayente (*vid. ad ex.*: las Resoluciones de 4 de diciembre de 1991¹³, 17 de marzo de 1992¹⁴, 8 de marzo de 1995¹⁵, etc.).

Partiendo de la premisa de que la capacidad nupcial se rige por la ley nacional de cada uno de los contrayentes, era inevitable que inmediatamente se plantease el problema de si pueden contraer matrimonio entre personas del mismo sexo los extranjeros nacionales de países cuyo ordenamiento no admite dicho tipo de matrimonio¹⁶. La Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 contestó afirmativamente, permitiendo dichos matrimonios en España y dando origen a una práctica posteriormente reiterada en otras decisiones. La Resolución-Circular, muy elaborada, densa y rica en contenidos, aunque también toca otros aspectos, fundamentalmente se refiere a la capacidad nupcial y en concreto al problema de qué ley la rige. En este sentido, mediante diversas razones justifica la aplicación del ordenamiento español a la capacidad matrimonial de los extranjeros nacionales de países que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y de este modo les permite casarse en nuestro país.

2. Razones que justifican la aplicación del ordenamiento español

A. El orden público internacional español

El artículo 12.3 del Código Civil dice que «*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*». El precepto se refiere a la llamada excepción de orden público, es decir, el correctivo de la norma de conflicto, por el cual

¹³ *BIMJ*, n.º 1627, 1992, pp. 1035 y ss. M. AMORES CONRADI, «Nota», *REDI*, 1992, pp. 229 y ss.

¹⁴ *BIMJ*, n.º 1636, 1992, pp. 144 y ss.

¹⁵ *RAJ*, 1995, n.º 2601.

¹⁶ De alguna manera este problema gravita en todos los Estados que habiendo introducido en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo utilizan como ley personal la de la nacionalidad, incluso, como luego veremos, tampoco son ajenos a esta problemática los sistemas que emplean la conexión domicilio, como es el caso de Canadá. Pero centrándonos en los primeros, podemos ver como en algunos ordenamientos se ha introducido una solución específica, como es el caso del artículo 46 del Código belga de Derecho Internacional Privado, que dice: «*Droit applicable à la formation du mariage. Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage. L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage*». *Vid.*: *RCDIP*, 2005, p. 165. *Vid.*: nota 4. J. Y. CARLIER, «Le Code belge de droit international privé», *RCDIP*, 2005, pp. 31-32.

se evita la aplicación de la disposición extranjera designada por ésta, cuando es contraria a los principios fundamentales del ordenamiento del foro. En su lugar se procede a aplicar el Derecho material español.

Como ya hemos visto, la DGRN ha dicho reiteradamente que la capacidad nupcial de una persona se rige por su ley nacional, aunque dejando siempre a salvo la posible incidencia del orden público, que puede implicar la exclusión de la ley nacional del extranjero en aquellos casos en que admita instituciones contrarias a la actual concepción de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, como pueden ser los casos de poligamia¹⁷, discriminaciones por razón de etnia o religión¹⁸, prohibición de matrimonio al transexual por no reconocer su cambio de sexo declarado en España¹⁹, admisión del matrimonio sin necesidad de libre y real prestación del consentimiento²⁰, etc.²¹.

Ante el problema que ahora nos ocupa, la DGRN ha dicho que no es fácil la invocación del orden público en este caso. Sin embargo, la circunstancia de que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional habían remitido a la facultad legislativa del legislador ordinario la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, le lleva a la DGRN a sostener que:

«Ahora bien, el hecho de que el legislador español, en base a tal remisión, haya regulado mediante la Ley 13/2005 el *ius connubii* de forma tal que acoge en el mismo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pone de manifiesto una situación en la que resulta patente el paralelismo y similitud con los supuestos en que esta Dirección General ha invocado la excepción de orden público para excluir la aplicación de Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión (*disparitas cultus*) o de aquellas otras que, por no reconocer un cambio legal de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual extranjero por personas de su mismo sexo cromosómico, pero distinto sexo legal, similitud que debe conducir a acoger la misma

¹⁷ Resolución DGRN 7.ª de 4 de diciembre de 2002. *Aranzadi JUR*, 2003/39916.

¹⁸ Resolución DGRN 1.ª de 10 de junio de 1999. *BIMJ*, n.º 1857, 1999, pp. 3574 y ss.

¹⁹ Resolución DGRN 24 de enero de 2005. *Aranzadi RJ*, 2005, 1954.

²⁰ Resolución DGRN 1.ª de 7 de julio de 2005. *Aranzadi JUR*, 2006/26187.

²¹ Incluso en los primeros momentos de la instauración posconstitucional del divorcio, alguna decisión judicial excluyó la aplicación de la ley personal común de los cónyuges extranjeros, que no admitía el divorcio, alegando que tras la reforma legislativa «... *el principio de orden público en esa concreta cuestión, es precisamente el de la disolubilidad del matrimonio...*». Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mieres de 28 de diciembre de 1981. *Vid.*: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, Madrid, 1983, pp. 395 y ss.

solución de la exclusión en la aplicación de la Ley extranjera en el caso ahora considerado por razones de analogía.

La conclusión anterior se refuerza a la luz de la consideración de que el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, como guardián del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos.»

Posteriormente, esta posición ha sido confirmada en diversas Resoluciones de la DGRN, como son la 6.^a de 1 de junio de 2006²², 6.^a de 2 de junio de 2006²³, 6.^a de 10 de noviembre de 2006²⁴ o la 7.^a de 23 de noviembre de 2006²⁵. Además, en todas ellas, usando términos casi idénticos, se refuerza el recurso al orden público acudiendo a las soluciones del Derecho Comparado. Por ejemplo, en la primera de ellas se afirma:

«Es claro que, en presencia de determinadas circunstancias, no procede aplicar la citada Ley nacional del contrayente extranjero que pretende contraer matrimonio civil en España. En concreto, una Ley extranjera no podrá ser aplicada en España cuando resulte contraria al orden público, tal y como expresa el artículo 12.3 CC. Y es claro que, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo ha pasado a integrar el orden público internacional español en materia de capacidad matrimonial. El orden público internacional presenta un carácter restrictivo, de manera que debe intervenir las menos veces posibles, es decir, debe operar exclusivamente para la defensa de los valores irrenunciables incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

... otros legisladores extranjeros de países cuyos ordenamientos jurídicos admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, han recurrido al orden público internacional para evitar la aplicación en dichos países de las Leyes extranjeras que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. El caso paradigmático es el de Bélgica: la Circular del Ministerio de Justicia de 23 de enero de 2004 relativa a ciertos aspectos de Derecho internacional

²² *Aranzadi RJ*, 2007/3175. Referente al matrimonio de dos varones británicos residentes en España.

²³ *Aranzadi JUR*, 2007/130362. Sobre el matrimonio de dos varones británicos residentes en España.

²⁴ *Aranzadi RJ*, 2008/716. También referente al matrimonio de dos varones británicos domiciliados en España.

²⁵ *Aranzadi JUR*, 2008/112557. Sobre el matrimonio de dos varones de nacionalidad suiza residentes en España.

privado de la Ley de 13 de febrero de 2003 que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, Ley que aborda problemas de Derecho internacional privado antes de la actual Ley-Código de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004, estableció de manera terminante que una Ley extranjera que impida el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatoria y vulnera el orden público internacional, por lo que no debe ser aplicada, y en su lugar se aplicará la *lex fori*. ... Por último, no es ocioso recordar que, en el estado actual del Derecho comunitario, es perfectamente posible que una norma jurídica de un país comunitario pueda vulnerar el orden público internacional de otro país comunitario. De hecho, en un reciente caso, los tribunales italianos han estimado que las Leyes holandesas que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional italiano, por lo que no pueden recibir aplicación en Italia (decreto del Tribunal di Latina de 10 de junio de 2005). Por la misma razón puede afirmarse que las Leyes de un país comunitario que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional español y que por tanto no pueden ser aplicadas en España.»

B. *La invocación de los principios constitucionales en la apreciación del orden público*

La Ley 13/2005 dice expresamente en su exposición de motivos que la opción legislativa en ella adoptada tiene unos fundamentos constitucionales, como son la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad, la preservación de la libertad en cuanto a las formas de convivencia y la instauración de un marco de real igualdad en el disfrute de los derechos, sin discriminación alguna por motivos de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución).

Partiendo de estos presupuestos constitucionales, en una lectura apresurada se pudiera llegar a la fácil conclusión de que los mismos por sí solos ya justificarían que cualquier extranjero pudiese contraer en España matrimonio con otra persona de su mismo sexo con independencia de lo que dijese al respecto su ley personal. Sin embargo, la DGRN ha mantenido una tesis más depurada en la que ha matizado el alcance del principio constitucional de igualdad en cuanto a los extranjeros residentes en España. El artículo 13.1 de la Constitución determina que «*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los*

términos que establezcan los tratados y la ley». Esto le ha permitido al Tribunal Constitucional sostener que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución se refiere con exclusividad a los españoles, que «*son iguales ante la ley*», pero no se extiende obligatoriamente tal igualdad a los extranjeros²⁶. Por estas razones, en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 se afirma: «En consecuencia el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, según nuestra jurisprudencia constitucional, depende del derecho afectado. Así hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros (cfr. art. 23 C.E.), y finalmente otros que “pertencerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. A la vista de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su auto 222/1994, de 11 de julio, ... a esta tercera categoría debe asimilarse el derecho al matrimonio. Así resultaría también del hecho de la ubicación sistemática del artículo 32 en la Sección 2.^a del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, esto es, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», y no en la Sección 1.^a reservada para los “derechos fundamentales y las libertades públicas”. En consecuencia no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevinida y parcial del artículo 9.1 del Código Civil por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal” con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita.»

Sin embargo, estas atinadas palabras de la DGRN no significan que los principios constitucionales no tengan incidencia en la problemática que ahora nos ocupa, ya que son fundamentales a la hora de apreciar el alcance y contenido del orden público, lo que nos hace enlazar con el apartado anterior. En este sentido, la DGRN ha dicho reiteradamente²⁷ que «... aunque la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es, en Derecho español, una exigencia constitucional, es claro que el derecho a contraer matrimonio con individuos del mismo sexo si tiene un evidente fundamento constitucional como indica la Exposición de Motivos de la ... Ley 13/2005 ... el matrimonio entre personas del mismo

²⁶ Vid. fundamentalmente la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 (RTC, 1984, n.º 107) y también sus sentencias 115/1987 (RTC, 1987, n.º 115), 94/1993 (RTC, 1993, n.º 94) y 116/1993 (RTC, 1993, n.º 116).

²⁷ Vid. *ad ex.* las Resoluciones citadas en las notas 22 y siguientes.

sexo fomenta la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE). El anclaje constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo hace del mismo un elemento básico del sistema matrimonial español que forma parte del orden público internacional español y que requiere una enérgica defensa ante la aplicación de Leyes extranjeras que pudieran vulnerar el *jus connubii*.»

C. *La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial*

Una de las aportaciones más originales y brillantes de la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 es la que consiste en calificar la disparidad de sexos entre los contrayentes no como una cuestión de capacidad nupcial sino como un elemento estructural o requisito objetivo de la institución matrimonial²⁸.

La Resolución-Circular parte de plantearse qué consideración debe merecer el requisito de la diversidad de sexos de los contrayentes desde la perspectiva de la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable. Para este menester se ha de acudir al artículo 12.1 del Código Civil, que dice «*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española.*» Es decir, el precepto consagra, para los casos incluidos dentro de su ámbito, la calificación *lege fori*. Desde esta perspectiva se sostiene que los artículos 46 y 47 del Código Civil, que enumeran respectivamente los impedimentos absolutos y relativos para contraer matrimonio, no mencionan en ningún momento la identidad de sexo como impedimento. Esto lleva a la DGRN a defender que “la diversidad de sexos”, en la concepción tradicional, o la posible “identidad de sexos”, en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada.» O sea, estaríamos ante un «elemento estructural, constituyente de la propia institución» matrimonial.

²⁸ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales...», p. 698.

Inmediatamente se plantea el problema de qué ordenamiento jurídico debe regir dicho elemento estructural o requisito objetivo de la institución matrimonial, que obviamente queda fuera del ámbito del artículo 9.1 del Código Civil. La conclusión es que debe regirse por el Derecho material español; y esto es así por varias razones, entre las que destacan: la analogía con la solución de las Leyes Autonómicas en cuanto a las parejas de hecho homosexuales, la proximidad *forum-ius*, el principio general del Derecho Civil español del *favor matrimonii*, la consideración del derecho al matrimonio como un derecho fundamental²⁹, la potenciación del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y la necesidad de interpretar las normas jurídicas con arreglo a la *realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas* (artículo 3 del Código Civil).

La práctica posterior de la DGRN ha continuado invocando esta tesis en Resoluciones como la 6.^a de 26 de octubre de 2005³⁰ o la 4.^a de 7 de abril de 2006³¹.

Además, es muy interesante poner de relieve que en diversas Resoluciones³² la DGRN, partiendo de esta construcción, ha aplicado la ley española a los requisitos objetivos del matrimonio invocando el principio de proximidad, o lo que es lo mismo el principio de la vinculación más estrecha. De esta manera, ha afirmado que «... no existe norma de conflicto específica en nuestro Derecho internacional privado que indique la Ley aplicable a los “requisitos objetivos del matrimonio”. Dicha laguna legal puede integrarse sin dificultad con el recurso a un Principio General del Derecho internacional privado, como es el principio de “vinculación más estrecha”, de modo que la posibilidad de contraer matrimonio con per-

²⁹ Diversos Convenios internacionales han consagrado el derecho al matrimonio como un derecho fundamental de la persona. Así, podemos citar, entre otros: el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del hombre, de 10 de diciembre de 1948, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (*BOE* de 30 de abril de 1977), el artículo 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (*BOE* de 10 de octubre de 1979), el artículo 5.d) IV de la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966 (*BOE* de 17 de mayo de 1969 y de 5 de noviembre de 1982), el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (*BOE* de 21 de marzo de 1984). En la misma línea hay que tener presente el artículo 32 de la Constitución española.

³⁰ *BIMJ*, n.º 2013, 2006, pp. 2103 y ss. Referente al matrimonio entre dos varones, uno de nacionalidad española y otro de nacionalidad hindú, ambos domiciliados en España.

³¹ *Aranzadi RJ*, 2007/3357. Sobre el matrimonio entre dos varones, uno español y portugués el otro, y ambos domiciliados en España.

³² Se trata siempre de casos en que ambos contrayentes extranjeros y de la misma nacionalidad están domiciliados en España. Véase las Resoluciones citadas en las notas 22 y siguientes.

sonas del mismo sexo, debe regirse, en los casos internacionales, por la Ley del país con el que la situación fáctica presente los vínculos más estrechos. No es difícil concluir que en el matrimonio que se pretende celebrar ante autoridad española y por contrayentes con domicilio en España, con lo que España resulta ser el país más vinculado con la situación. Por tanto, la Ley española es aplicable a la cuestión de decidir si la identidad de sexos impide o no impide la celebración de este matrimonio. Como quiera que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio ... ha venido a permitir explícitamente tal posibilidad, el matrimonio entre los sujetos británicos del mismo sexo ante autoridad civil española es perfectamente posible y debe ser autorizado.»

D. *El reenvío de retorno*

El artículo 12.2 del Código Civil dice: «La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.» Es decir, consagra el reenvío de retorno o de primer grado y rechaza el reenvío de segundo grado, por consiguiente, los Tribunales y autoridades españoles sólo tendrán en cuenta el reenvío operado por las normas de conflicto de la *lex causae* cuando remitan de retorno al ordenamiento español. Si nos atenemos a la pura literalidad del artículo 12.2 habría que admitir el reenvío siempre que la norma de conflicto del ordenamiento extranjero remitiese al Derecho español, con independencia de cualquier otra consideración, como pueden ser los principios inspiradores de nuestras normas de conflicto y del ordenamiento extranjero, los resultados materiales, etc. Sin embargo, la jurisprudencia en supuestos referentes a sucesiones por causa de muerte³³ ha propugnado una aplicación del reenvío de retorno restrictiva y orientada materialmente, de tal manera que solamente se aplica cuando es conforme con determinados principios que inspiran a las normas de conflicto en presencia, favorece la consecución de un resultado justo o la materialización de ciertos valores.

³³ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 15 de noviembre de 1996 (*Aranzadi RJ*, 1996, n.º 8212), 21 de mayo de 1999 (*Aranzadi RJ*, 1999, n.º 4580) y 23 de septiembre de 2002 (*Aranzadi RJ*, 2002, n.º 8029). La bibliografía española a este respecto es muy abundante, véase como trabajo más reciente: J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Reenvío y sucesiones en la práctica española», en: R. VIÑAS, G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa. Congreso organizado por la Universitat d'Andorra y el Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona. Sant Julià de Lòria (Principado de Andorra), 29 y 30 de noviembre de 2007*, Madrid, 2009, pp. 111 y ss.

La DGRN en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, ante los supuestos de contrayentes extranjeros nacionales de Estados que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, recurre al artículo 12.2 del Código Civil para justificar la aplicación de la ley española a la capacidad nupcial de tales contrayentes en los casos en que las normas de conflicto en dicho ámbito de su ley nacional utilizan puntos de conexión distintos al de la nacionalidad y remiten de retorno al ordenamiento español, por ejemplo, porque en España se encuentre el domicilio del o de los contrayentes³⁴ o nuestro país sea el lugar de celebración del matrimonio³⁵.

Incluso, la DGRN en una interpretación muy osada y en aras del *favor matrimonii* llega a defender la admisibilidad del reenvío de segundo grado cuando a través del mismo se pudiese justificar la celebración del matrimonio, que de otra manera no se podría alcanzar. Esta tesis le lleva a afirmar «... mayor dificultad presenta el caso en el que la norma reenviada sea la de un país distinto de España, que también admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien la interpretación de que el reenvío de retorno autorizado por el artículo 12.2 del Código Civil es un “reenvío materialmente orientado” en el sentido de favorecer la solución dada al caso por la Ley española, y el resultado contrario al “*favor matrimonii*” que se derivaría de excluir la aplicación de la norma extranjera receptora del reenvío materialmente coincidente con la ley española en la materia, deben de llevar a la conclusión en este punto de la validez del matrimonio en tales casos».

La DGRN en su práctica posterior ha acudido a mayor abundamiento al reenvío de retorno para justificar la aplicación de la Ley española a la capacidad nupcial de extranjeros nacionales de Estados que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así ha procedido, por ejemplo, en las ya citadas Resoluciones 6.^a de 1 de junio de 2006, 6.^a de 2 de junio de 2006 y 6.^a de 10 de noviembre de 2006. En las tres se trataba de contrayentes que ambos eran varones ingleses domiciliados en España. Dijo al respecto: «El auto recurrido olvida, ... que precisamente por el hecho de que los contrayentes tienen su domicilio en España, la remisión que el artículo 9.1 CC hace a favor de la Ley nacional inglesa de los contrayentes viene seguida inmediatamente por la remisión que las normas de conflicto británicas hacen a favor de la Ley sustantiva española. Efectivamente, existe un reenvío de primer grado admitido por el artículo 12.2 CC: la capacidad para contraer matri-

³⁴ Sería el caso del ordenamiento inglés. DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14.^a ed., London, 2006, vol. 2.^o, pp. 810 y ss.

³⁵ Por ejemplo Australia. M. TILBURY, G. DAVIS, B. OPESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, Oxford, 2002, pp. 591 y ss.

monio se rige por la ley nacional británica de los contrayentes pero visto que dicha ley británica remite la regulación de la capacidad matrimonial a la Ley sustantiva española correspondiente al domicilio de los contrayentes (*The Dual Domicile Doctrine*), es esta Ley sustantiva española y no la Ley sustantiva británica la que debe regir la capacidad de dos sujetos británicos con domicilio en España que pretenden contraer matrimonio en nuestro país. Este reenvío de primer grado, que no es obligatorio (*vid.* STS, Civil, 15 de diciembre de 1996), resulta en este caso un mecanismo muy conveniente, pues su proyección en este concreto supuesto fomenta valores constitucionales, ya que potencia el *jus connubii* y conduce a aplicar la Ley del país más vinculado con la situación jurídica, lo que refuerza la seguridad jurídica...».

E. *La cuestión de la eficacia en el extranjero del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España*

No se trata ahora de hacer un estudio pormenorizado del complicado problema de la eficacia en el extranjero de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España³⁶, sino únicamente de abordar la cuestión desde la perspectiva de la capacidad de los contrayentes nacionales de Estados que no conocen tal tipo de matrimonio. En efecto, en repetidas ocasiones se han recurrido ante la DGRN Autos en los que se había acordado que no se podía autorizar en nuestro país un matrimonio homosexual entre extranjeros porque, entre otras razones, el mismo no iba a ser reconocido fuera de España y especialmente en el país de la nacionalidad de los contrayentes. O sea, no cabría celebrar dichos matrimonios porque serían claudicantes.

La DGRN ha rechazado esta tesis, afirmando que «... no es función del Encargado del Registro Civil español realizar una labor de control de la eficacia de un matrimonio en un país extranjero. Dicha labor de control corresponde desarrollarla a las autoridades extranjeras, que son las mejor posicionadas para decidir si el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España surte efectos jurídicos, y cuales, en su país ... el Encargado del Registro Civil español no debe operar; desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuidas, como “guardián” del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el

³⁶ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales...», pp. 705 y ss.

país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos...»³⁷.

Además, la DGRN hace una interesantísima puntualización en cuanto a la condición de claudicantes de estos matrimonios en un doble sentido, por un lado, desde la perspectiva de que se trata de situaciones muy vinculadas con España, y por otro, significando que hay que tener en cuenta donde se van a proyectar los principales efectos del matrimonio. Así sostiene que «... un matrimonio no es claudicante si sus efectos sustanciales van a producirse en un país que sí admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Si los cónyuges tienen su domicilio en España, es indudable que el matrimonio ... surtirá plenos efectos jurídicos en España, que es el país donde primordialmente interesa que dicho matrimonio despliegue sus plenos efectos, pues los contrayentes tienen en España su “centro social de vida” y es en España donde su unión matrimonial surtirá sus efectos sustanciales»³⁸.

Con independencia de lo atinado de estas afirmaciones, hay que tener en cuenta que se contuvieron en Resoluciones referentes a matrimonios que en el país de la nacionalidad de los contrayentes, aunque no iban a ser reconocidos exactamente como tales matrimonios, iban a tener notables efectos jurídicos, casi equiparables a los de la institución matrimonial. Varios de los casos se referían a cónyuges ambos de nacionalidad británica, y en el Reino Unido la *Civil Partnership Act* de 2004 considera a los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en el extranjero como *Civil Partnerships* y les confiere los efectos jurídicos que para dichas uniones prevé el ordenamiento británico, que son muy parecidos a los del matrimonio³⁹. En otro supuesto ambos contrayentes eran suizos, dándose la circunstancia de que en la Confederación Helvética su legislación sobre uniones domésticas registradas establece que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en el extranjero se reconocerán en Suiza como uniones domésticas registradas⁴⁰.

No obstante, como muy acertadamente recuerda la propia DGRN, los contrayentes extranjeros de un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en España deben saber y asumir que su matrimonio puede tener en el Estado del que son nacionales sólo ciertos limitados efectos o incluso ninguno, y deben obrar en consecuencia tomando las medidas jurídicas preventivas

³⁷ Vid. por ejemplo la Resolución de la DGRN 6.ª de 1 de junio de 2006.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Vid. notas 22, 23 y 24. DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict...*, vol. 2.º, pp. 857 y ss.

⁴⁰ Vid. nota 25.

que sean menester. También los contrayentes españoles que se casan con extranjeros, o aun cuando ambos son españoles pero su matrimonio tiene proyección fuera de España, por ejemplo porque tienen bienes en el extranjero, deben actuar con precaución en lo tocante a la eficacia de su matrimonio fuera de nuestro país, para lo cual será necesario un análisis puntual de las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

3. Otros problemas conexos

A. *La competencia de las autoridades españolas para celebrar matrimonios. Especial referencia al matrimonio consular*

Con carácter previo es preciso determinar la competencia internacional de nuestras autoridades para celebrar matrimonios. En base al artículo 57 del Código Civil hay que sostener que sólo son competentes en el caso de que uno de los contrayentes tenga su domicilio en España, por consiguiente, dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España, ante una autoridad española, cuando al menos uno los contrayentes tenga su domicilio en territorio español⁴¹. Como afirma la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, «... esta regla de competencia de autoridades, que no ha sido alterada por la Ley 13/2005, constituye un primer filtro para evitar la celebración en España de matrimonios entre personas que no tengan ninguna vinculación con el ordenamiento español». De esta manera se impide el «turismo matrimonial» en nuestro país.

La cuestión se presenta más compleja en los supuestos de matrimonio consular celebrado ante autoridades consulares españolas acreditadas en el extranjero. De acuerdo con los artículos 49 *in fine* y 51.3 del Código Civil, los cónsules españoles son competentes para celebrar matrimonios en el extranjero, pero esta competencia se ve sometida a unos importantes límites, que son los siguientes. En primer lugar, como se desprende de los artículos 49 del Código Civil y 5 del Convenio de París de 10 de septiembre de 1964⁴², al menos uno de los contrayentes debe tener la nacionalidad española. Además, al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la correspondiente demarcación consular (*vid.* los artículos 51.3 y 57 del Código Civil). Finalmente, por aplicación del artículo 5.f)

⁴¹ Así lo confirma la reiteradísima práctica de la DGRN. Véase, entre otras, las Resoluciones de 4 de mayo de 1988 (*BIMJ*, n.º 1494, pp. 2738 y ss.), 4 de mayo de 1990 (*BIMJ*, n.º 1576, pp. 3943 y ss.) y 29 de agosto de 1992 (*BIMJ*, n.º 1652, pp. 5767 y ss.).

⁴² *BOE* de 19 de enero de 1977.

de la Convención de Viena, de 24 de abril de 1963⁴³, sobre relaciones consulares, es necesario que el ordenamiento del Estado receptor del cónsul español no se oponga a esta función, la cual deberá ejercerse respetando escrupulosamente cualquier limitación que pueda imponer al respecto dicho Estado. Por esta razón, la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 concluye que «... como consecuencia de la misma limitación impuesta por el artículo 5.f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares que impide ... que las funciones consulares se ejerzan en oposición a las Leyes y reglamentos del Estado receptor, lo que sujeta a las Representaciones Consulares españolas en el extranjero a un deber de respeto y no vulneración del Ordenamiento jurídico del país de acogida, los Cónsules españoles deben abstenerse, por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor».

La práctica de la DGRN pone de manifiesto la proyección de estos límites ante eventuales matrimonios consulares en el extranjero entre personas del mismo sexo. Así ha dicho que no caben dichos matrimonios cuando uno de los contrayentes es nacional del Estado receptor y éste somete la facultad de los cónsules a que ninguno de los contrayentes sea nacional suyo⁴⁴ o cuando el cónsul español está acreditado en un país que no reconoce la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo⁴⁵.

No obstante, la propia DGRN ha propuesto reiteradamente un mecanismo para obviar los inconvenientes derivados de las limitaciones competenciales de los cónsules españoles en el extranjero, que consiste en acudir a la delegación que permite el artículo 57.2 del Código Civil. De esta manera, cuando el encargado del Registro consular no tenga la facultad de autorizar matrimonios, por oponerse a ello las normas del país receptor, sin embargo, sí tiene competencia para instruir, como encargado del Registro Civil del domicilio del promotor, el expediente previo para la celebración

⁴³ *BOE* de 6 de marzo de 1970.

⁴⁴ Consulta 1.ª de 25 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3382 y ss. Sobre celebración en el Consulado General de España en Santo Domingo de un matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo uno de los contrayentes español y el otro dominicano y oponiéndose República Dominicana a que los cónsules extranjeros acreditados ante ella puedan celebrar matrimonios en los que uno de los contrayentes sea dominicano.

⁴⁵ Consulta 2.ª de 25 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3384 y ss. Referente al matrimonio entre dos españoles del mismo sexo en el Consulado General de España en Ciudad del Cabo, cuando aún Sudáfrica no admitía la validez de estos matrimonios.

Consulta 1.ª de 26 de octubre de 2005. *AnDGRN*, 2005, pp. 3386 y ss. Sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en el Consulado General de España en Boston.

del matrimonio, delegando que la prestación del consentimiento se realice ante el encargado de otro Registro Civil en España⁴⁶.

Incluso, la DGRN ha recurrido a otras soluciones de aplicación para evitar los problemas derivados de las mencionadas limitaciones. Así, en su Consulta de 15 de noviembre de 2006⁴⁷ resolvió acerca de la celebración del matrimonio de dos españoles del mismo sexo en la Embajada de España en Bulgaria. El ordenamiento de este país balcánico admite en principio el matrimonio consular de dos extranjeros ante las autoridades consulares acreditadas en el mismo, pero no regula el matrimonio homosexual. Sin embargo, la DGRN ha sostenido el criterio de que cabía celebrar el matrimonio proyectado, reparando en que el artículo 76.1 del Código de Derecho Internacional Privado búlgaro somete la capacidad nupcial a la ley nacional de cada uno de los contrayentes, y partiendo de que «el artículo 5.f) del Convenio de Viena contiene un reenvío al conjunto del Ordenamiento jurídico del país de recepción del Cónsul, incluidas sus normas de conflicto de leyes, y no sólo a sus normas de Derecho material», ha concluido que podrían «... acogerse al matrimonio consular parejas de ciudadanos españoles con residencia en países cuya legislación material no autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de conflicto remitan a la ley personal de los contrayentes, lo que abriría la puerta a la aplicación de la Ley española, evitando así la limitación competencial derivada del artículo 5.f) del reiterado Convenio de Viena. Se trata de un caso simétrico al del matrimonio en España entre contrayente español y contrayente extranjero nacional de un país cuyas leyes materiales no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de Derecho Internacional Privado fijan puntos de conexión en materia de requisitos para la celebración del matrimonio distintos al de la *lex patriae* del contrayente y supongan que la Ley aplicable resultante sea la española o cualquiera otra de las que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicho en otros términos, el matrimonio en estos casos será válido cuando la norma de conflicto extranjera del país que corresponda a la nacionalidad del consorte extranjero reenvíe a la ley española, ... Debe entenderse que este reenvío cumple las exigencias del artículo 12.2 del Código Civil...»⁴⁸.

⁴⁶ Vid. las Consultas citadas en las dos notas anteriores y la Resolución de la DGRN de 15 de septiembre de 1995. *RAJ*, 1995, n.º 6881.

⁴⁷ *BIMJ*, n.º 2077, 2006, pp. 5226 y ss.

⁴⁸ Vid. el apartado II.2.D de este artículo.

B. *La cuestión del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero con anterioridad a la Ley 13/2005*

La Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 aborda también el problema del reconocimiento en nuestro país de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles y extranjeros del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Ciertamente, debe tratarse de supuestos cuantitativamente muy escasos de matrimonios celebrados en Holanda, Bélgica y Canadá. La mencionada Ley no contiene ninguna norma de Derecho Transitorio en cuanto a su aplicación en el tiempo. La DGRN se ha inclinado por el reconocimiento de tales matrimonios, sosteniendo que: «El dato esencial del que se ha de partir en la interpretación de la cuestión es el de que la diversidad/identidad de sexos está ligada a la propia concepción del matrimonio, forma parte constitutiva de su propia naturaleza institucional, por lo que no se ha de abordar el problema desde la perspectiva de la capacidad matrimonial, lo que podría suponer la apreciación de un vicio de nulidad no convalidable por falta de capacidad en tales matrimonios... Por ello la cuestión hace tránsito a la del reconocimiento por España de una institución, la del matrimonio de personas del mismo sexo, legalizada antes que en España en otros tres países (Holanda, Bélgica y Canadá), y que ha de afectar a las relaciones jurídico-matrimoniales constituidas al amparo de la legislación de algunos de estos países antes de la entrada en vigor para España de la Ley 13/2005, y ello incluso en el caso de que ninguno de los contrayentes fuere español. En definitiva, si es patente que España reconoce el divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio obtenido por resolución judicial extranjera anterior a la admisión del divorcio en España por la reforma del Código Civil introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, igualmente se ha de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.»

Es decir, para la DGRN no estaríamos ante un problema de eficacia retroactiva de las leyes, sino ante el reconocimiento actual de una institución previamente desconocida en nuestro país, pero existente en otros e introducida *ex novo* en nuestro ordenamiento. La DGRN también puntualiza que tal reconocimiento como matrimonios no se puede extender a otras figuras que en los Estados en los que se han creado de acuerdo con sus ordenamientos no gozan de la consideración de matrimonios.

C. *La incidencia del certificado de capacidad nupcial*

En el Derecho comparado existen algunos ordenamientos, –entre ellos no está el español– que para celebrar el matrimonio en el que uno de los contrayentes es extranjero, exigen la previa presentación de un certificado de capacidad nupcial expedido por las autoridades del Estado de la nacionalidad o del domicilio del contrayente extranjero. De esta manera tratan de evitar matrimonios claudicantes⁴⁹. Para hacer frente a este problema, el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil regula la expedición del certificado cuando se le requiere al contrayente en el extranjero.

Además, España es parte del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980⁵⁰. El Convenio dispone que cada Estado miembro se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial conforme al modelo anejo al Convenio, cuando uno de sus nacionales, o un refugiado o un apátrida cuyo estatuto personal se rija por la ley de dicho Estado, lo solicite para la celebración de su matrimonio en el extranjero y reúna de acuerdo a la ley del Estado que expida el certificado, las condiciones precisas para contraer el matrimonio.

En su Resolución 4.^a de 7 de abril de 2006⁵¹, la DGRN resolvió el caso del matrimonio entre dos varones, uno español y otro portugués; dándose la circunstancia de que tanto España como Portugal son miembros del citado Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980. El Encargado del Registro Civil exigió al contrayente portugués la aportación del certificado de capacidad matrimonial, y al no ser aportado, acordó no haber lugar a la aprobación del matrimonio. Planteado el correspondiente recurso, la DGRN admitió la pretensión de los contrayentes y revocó la decisión del Encargado del Registro Civil. La DGRN, partiendo de que el matrimonio entre personas del mismo sexo será válido en España por aplicación de la ley material española, aunque la ley nacional del contrayente extranjero no lo permita, sostuvo que tal conclusión no puede verse alterada por el hecho de que los Estados de ambos contrayentes sean miembros del mencionado Convenio. En este sentido sostuvo que «... según resulta de la interpretación auténtica de dicho Convenio contenida en el *Rapport explicatif*... este no se opone a la aplicación de las reglas en vigor en los Estados contratantes que no exigen un certificado de capacidad matrimonial, previsión que encaja

⁴⁹ L. PALSSON, «Marriage and Divorce», *IECL*, vol. III, cap. 16, pp. 102-104.

⁵⁰ *Vid.* nota 12.

⁵¹ *Aranzadi R.J.*, 2007/3357.

precisamente en el caso español, ya que la única norma de Derecho Interno que contempla la exigencia de tales certificados... es el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil que contiene una norma de extensión inversa... pero obsérvese que el... precepto no impone un trámite obligado de la expedición de certificado de capacidad matrimonial, sino que a modo de norma de extensión inversa prevé el procedimiento de expedición de tales certificados cuando la Ley extranjera correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, con arreglo a cuya forma éste haya de tener lugar, exija la presentación de un certificado de capacidad matrimonial. Regla que no resulta aplicable al presente supuesto en el que el matrimonio proyectado se pretende celebrar en España».

Igualmente, en su Resolución 6.^a de 26 de octubre de 2005⁵² la DGRN al abordar el caso de un matrimonio entre dos varones, uno español y el otro hindú, siendo así que India no es miembro del Convenio de Munich, entendió que era superfluo e innecesario exigir al contrayente extranjero la presentación de un informe consular acreditando que tal matrimonio era válido de acuerdo con su ley personal.

III. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DESDE LA PERSPECTIVA CANADIENSE

1. El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho canadiense. Antecedentes y régimen legal

A. Introducción

Con carácter preliminar hay que dejar sentado un dato muy importante: en el sistema canadiense la definición de la institución matrimonial, así como de sus requisitos de fondo, es una competencia exclusiva federal, por el contrario, la forma del matrimonio, entendida en su más amplio sentido, está regulada por normativa de las provincias y de los territorios⁵³. De esta manera, se han com-

⁵² *BIMJ*, n.º 2013, 2006, pp. 2103 y ss.

⁵³ J. D. PAYNE, M. A. PAYNE, *Canadian Family Law*, 3.^a ed., Toronto, 2008, pp. 29-30. CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution of same-sex marriage in Canada: Lessons the U.S. can learn from their northern neighbor regarding same-sex marriage rights», *Michigan J G&L*, 15, 2008, pp. 160-161.

Por ejemplo, los artículos 365 y 366 del Código Civil de Québec dicen:

«365. Le mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins.

binado hábilmente la seguridad jurídica con el respeto a las particularidades y tradiciones sociales, religiosas y étnicas de las diferentes partes del Estado, especialmente de Québec y de los territorios de las naciones indígenas⁵⁴.

366. Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice, les notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés ainsi que, sur le territoire défini dans son acte de désignation, toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux.

Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites ou aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par ce dernier.

Les ministres du culte qui, sans résider au Québec, y demeurent temporairement peuvent aussi être autorisés à y célébrer des mariages pour un temps qu'il appartient au ministre de la Justice de fixer.

Sont également compétents pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté».

⁵⁴ Esta distribución de competencias, y especialmente las que tiene reservadas con carácter exclusivo el poder federal, es la causa de que en Canadá no se plantee un problema similar al que se suscita en Estados Unidos de América en cuanto al reconocimiento en cada Estado de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados de la Unión. Como ya hemos adelantado antes, algunos Estados admiten dichos matrimonios, por el contrario otros se oponen radicalmente y algunos mantienen una posición confusa o indefinida por lo que el reconocimiento de la eficacia de los matrimonios homosexuales contraídos en otros Estados es un arduo problema, cuyas soluciones también se proyectan a veces al plano internacional y han motivado un importante debate doctrinal (Como aportaciones más recientes y completas *vid.* L. SILBERMAN, «Same-Sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis», *U. Penn. L. R.*, 153, 2005, pp. 2195 y ss. A. KOPPELMAN, «Recognition and Enforcement of Same-Sex Marriage. Interstate Recognition of Same-Sex Marriages and Civil Unions: A Handbook for Judges», *U. Penn. L. R.*, 153, 2005, pp. 2143 y ss. B. H. BIX, «State Interest in Marriage, Interstate Recognition, and Choice of Law», *Creighton L. Rev.*, 38, 2005, pp. 337 y ss. E. GERSTMANN, «We are the World? What United States Courts Can and Should Learn from the Law and Politics of Other Western Nations», *J. Int. L. & Int. Rel.*, 1, 2004-2005, pp. 284 y ss. R. G. SPECTOR, «Same-Sex Marriages, Domestic Partnerships and Private International Law: at the Dawn of a New Jurisprudence in the United States», *YBPIL*, 2006, pp. 169 y ss. D. SCLAR, «New Jersey same-Sex Relationships and the Conflict of Laws», *Rutgers L. R.*, 59, 2007, pp. 351 y ss. D. G. DUNCAN, «Is the Massachusetts Law on Marriage of Non-Residents a Barrier to the Spread of same-Sex Marriage?», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 483 y ss. S. E. COX, «Red States, Blue States, Marriage Debates», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 637 y ss.). Hay autores que han defendido que la solución general de la *Full Faith and Credit Clause* operaría también en esta materia por lo que dichos matrimonios debieran ser reconocidos con carácter interestatal (*Vid.* la muy elaborada y matizada posición de W. A. REPPY, «The Framework of Full Faith and Credit and Interstate Recognition of Same-Sex Marriages», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 393 y ss.), sin embargo, otros se oponen alegando que la *Full Faith and Credit Clause* tiene un ámbito específico del cual escaparían los matrimonios en tanto en cuanto no implican una determinada resolución judicial (S. E. COX, «Nine Questions About Same-Sex Marriage Conflicts», *New England L. R.*, 40, 2006, pp. 384 y ss.). Por otro lado, hay quien afirma que los Estados pueden invocar el orden público para negarse a admitir la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en *Sister-States* (R. S. MYERS, «The Public Policy Doctrine and Interjurisdictional Recognition of Civil Unions and Domestic Partnerships», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 531 y ss.), lo cual es rebatido en base a que esto no sería tolerable desde la perspectiva de la *Full*

La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento canadiense es fruto de un proceso evolutivo en el que ha jugado un papel fundamental la labor de los tribunales. Es imprescindible detenerse, aunque sea brevemente, en los aspectos más significativos de esta evolución⁵⁵, puesto que en algunas de las decisiones judiciales podemos encontrar algunas claves decisivas a la hora de tratar los aspectos de Derecho Internacional Privado. Inevitablemente, todo este proceso ha ido acompañado simultáneamente de un debate social y universitario en el que han entrado en juego consideraciones que han ido más allá de lo jurídico para incidir en aspectos morales, demográficos, históricos, religiosos⁵⁶, etc. En general, como veremos ocasionalmente en las páginas siguientes, el debate ha acreditado un nivel técnico muy superior al que en su momento se dio en España. No obstante, ya entonces la doctrina denunció que en todo este proceso de discusión los aspectos de Derecho Internacional Privado no habían suscitado gran interés⁵⁷.

Faith and Credit Clause (L. KRAMER, «Same-Sex Marriage, Conflict of Laws and the Unconstitutional Public Policy Exception», *Yale L. J.*, 106, 1997, pp. 1965 y ss. L. L. HOGUE, «State Choice-of-Law Doctrine and Non-Marital Same-Sex Partner Benefits: How will States Enforce the Public Policy Exception?», *Ave Maria L. Rev.*, 3, 2005, pp. 549 y ss.). Además, en 1996 el Congreso aprobó la *Defense of Marriage Act* (DOMA), por la cual los Estados no están obligados a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados de la Unión. Se ha dudado de su constitucionalidad, pero cuarenta Estados han dictado sus propios Mini-DOMA rechazando el reconocimiento del matrimonio homosexual y sus efectos, e incluso en el caso de algunos Estados extendiéndolo a uniones no matrimoniales (A. KOPPELMAN, «Recognition and enforcement...», pp. 2165 y ss.).

⁵⁵ Para un tratamiento más pormenorizado *vid. inter alios*: J. D. PAYNE, M. A. PAYNE, *Canadian...*, pp. 24 y ss. M. C. KRONBY, *Canadian Family Law*, 9.^a ed., Missisauga, 2006, pp. 9 y ss. CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution ...», pp. 143 y ss. N. BALA, «Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships», *Queen's LJ*, 29, 2003, pp. 41 y ss. C. J. ROGERSON, «Developments in Family Law: The 2002-2003 Term», *SCLR*, 22 (2d), 2003, pp. 273 y ss. D. ELLIOTT, «Conservative Judicial Activism comes to Canada: *Egale v. Canada*», *UBC LR*, 36, 2003, pp. 29 y ss. CH. B. GRAY, «The Essence of Marriage: The Very Idea; Reflection on H. Cyr», *RGD*, 34, 2004, pp. 493 y ss. M. N. STEWART, «Judicial redefinition of marriage», *Can.J.Fam.L.*, 21, 2004, pp. 11 y ss. K. McK. NORRIE, «Marriage and Civil Partnership for Same-Sex Couples: The International Imperative», *J.Int.L&Int.R.*, 1, 2004-05, pp. 249 y ss. J. P. McEVOY, «Refusing to Answer: The Supreme Court and The Reference Power Revisited», *Unb LJ*, 54, 2005, pp. 29 y ss. C. MATHEN, «Mutability and method in the marriage referent», *Unb LJ*, 54, 2005, pp. 43 y ss. H. LESSARD, «Charter Gridlock: Equality Formalism and Marriage Fundamentalism», *SCLR*, 33 (2d), 2006, pp. 291 y ss. G. HUSCROFT, «Political Litigation and the Role of the Court», *SCLR*, 34 (2d), 2006, pp. 35 y ss. CH. DAVIES, «Canadian same-sex marriage litigation: individual rights, community strategy», *UTorontoFLR*, 66, 2008, pp. 101 y ss.

⁵⁶ B. MACDOUGALL, «The Separation of Church and State: Destabilizing Traditional Religion-Based Legal Norms on Sexuality», *UBC LR*, 36, 2003, pp. 1 y ss.

⁵⁷ M. BAILEY, «Same-Sex Relationships Across Borders», *McGill L. J.*, 49, 2004, p. 1008. Sobre la proyección de la cuestión a los problemas de extranjería *vid.* N. LAVIOLETTE, «Coming Out to Canada: The Immigration of Same-Sex Couples Under the Immigration and Refugee Protection Act», *McGill L. J.*, 49, 2004, pp. 969 y ss.

B. La acción de los tribunales

Tradicionalmente los tribunales canadienses, a falta de una definición plasmada en un texto legal, partieron de la concepción del matrimonio recogida en una sentencia clásica del *Common Law*, *Hyde v. Hyde*⁵⁸, en la que ante el litigio planteado por un matrimonio poligámico celebrado por mormones en Utah, se afirmó que matrimonio es la unión voluntaria de por vida de un hombre y una mujer, con exclusión de cualquiera otros. Esta definición, que es la tradicionalmente admitida por los pueblos de cultura occidental, entiende que la característica de la heterosexualidad es fundamental en el matrimonio.

Esta concepción comenzó a cambiar con la promulgación en 1982 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁵⁹, que establece en su Sección 15 (1):

«Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability»⁶⁰.

Inmediatamente este precepto suscitó diversos litigios sobre su eventual aplicación a los homosexuales, que pleiteaban pidiendo a los tribunales que fallasen en el sentido de determinar que la orientación sexual es análoga a las categorías o grupos enumerados en la Sección 15 y a los que por consiguiente no se puede discriminar⁶¹. Centrándonos en la problemática que ahora nos ocupa hay que destacar dos sentencias. La primera es la dictada por el Tribunal Supremo en el asunto *Egan v. Canada*⁶², en la que se afirmó: «sexual orientation is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of [Section] fifteen protection as being analogous to the enumerated grounds»⁶³. Por otro lado, en el caso *Miron v. Trudel*⁶⁴, referente a una pareja de hecho heterosexual, se estableció que las discriminaciones basadas en el estatus matrimonial violaban la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. De esta manera, las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homo-

⁵⁸ 1866, *L. R.*, 1 P&D. 130.

⁵⁹ M. N. STEWART, «Judicial redefinition...», pp. 36 y ss.

⁶⁰ La Sección 1 de la misma disposición determina que los derechos y libertades se garantizan sometidos únicamente a los límites razonables impuestos por la ley tal como se demuestren justificados en una sociedad libre y democrática.

⁶¹ CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», pp. 163 y ss.

⁶² [1995] 2 S.C.R. 513 (Can.).

⁶³ CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», p. 165.

⁶⁴ [1995] 2 S.C.R. 418 (Can.).

sexuales, pudieron reclamar en base a la citada normativa una protección similar a la de los matrimonios⁶⁵.

Partiendo de estos antecedentes, al filo del año 2000 se suscitaron varios litigios en distintas Provincias planteados por parejas del mismo sexo que pretendían contraer matrimonio. El primero en el tiempo, sustanciado ante los tribunales de British Columbia, fue el caso *Egale Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*⁶⁶. Ocho parejas del mismo sexo demandaron aduciendo que la prohibición para ellos de acceder al matrimonio violaba la Sección 15 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Sin embargo, el juez Pitfield sostuvo que el sentido constitucional del matrimonio consistía en que este era la unión entre un hombre y una mujer y en consecuencia era necesaria una reforma constitucional para poder autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo. Posteriormente, el Tribunal de Apelación, cuando ya se habían dictado en otras Provincias las sentencias de los casos *Halpern*, al que nos referiremos inmediatamente, y *Hendricks v. Quebec*⁶⁷, se adhirió a la misma línea interpretativa seguida por estas⁶⁸.

El caso decisivo que impulsó fundamentalmente la posterior evolución jurisprudencial y legislativa fue el asunto *Halpern v. Toronto (City)*. Los actores eran un grupo de parejas del mismo sexo, que ante la negativa de las autoridades a concederles la licencia matrimonial e inscribir sus matrimonios recurrieron a los tribunales, invocando la Sección 15 (1) de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La *Ontario Divisional Court* sostuvo que la regla del *Common Law* que define el matrimonio como la unión legal y voluntaria de un hombre y una mujer con exclusión de cualquier otro viola el principio de igualdad previsto en la Sección 15 (1) de la citada norma, sin que pueda justificarse por lo dispuesto en la Sección 1, por consiguiente era discriminatoria e injustificable en una sociedad democrática. La solución adecuada era declarar que la definición de matrimonio del *Common Law* era constitucionalmente inválida y no operativa, pero la Corte dejaba en suspenso la declaración durante 24 meses para permitir que el Parlamento adoptase las medidas normativas precisas de acuerdo con los requerimientos de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁶⁹. Apelada la sentencia, la *Ontario Court of Appeal* confirmó la mayor parte de las apreciaciones de la decisión recurrida, pero fue más lejos al afirmar que ante la infracción de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo

⁶⁵ CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», p. 166.

⁶⁶ [2001] B.C.S.C., 1365 (B.C.).

⁶⁷ [2002] QJ 3816.

⁶⁸ [2003] B.C.C.A., 251.

⁶⁹ (2002) 28 RFL (5th), pp. 41 y ss. J. G. McLEOD, «Annotation».

la solución apropiada consistía en declarar constitucionalmente inválida la definición tradicional de matrimonio del *Common Law* en lo que se refiere al requerimiento de la heterosexualidad, y reformularla como la unión voluntaria de dos personas con exclusión de cualquier otra. Además, la declaración de invalidez y la reformulación de la definición tenían efectos inmediatos⁷⁰. Esto permitió que inmediatamente comenzasen a celebrarse en Ontario matrimonios entre personas del mismo sexo. El caso *Halpern* inspiró el devenir posterior de la jurisprudencia en otras Provincias y Territorios⁷¹.

Con esta acumulación de antecedentes jurisprudenciales, el Gobierno federal se vio compelido a emprender la lógica reforma legislativa que se plasmó en la *Civil Marriage Act*, si bien previamente en uso de la función consultiva del Tribunal Supremo le planteó varias cuestiones al respecto⁷².

C. *Civil Marriage Act*

Por asentimiento de 20 de julio de 2005 se aprobó la *Civil Marriage Act*⁷³. Además de un conciso e interesante preámbulo, sobre el que más tarde retornaremos, la Ley contiene diversas disposiciones que deben ser destacadas a los efectos de este trabajo. Su artículo 2 ofrece una nueva definición de matrimonio, acorde con

⁷⁰ (2003) 36 *RFL* (5th), pp. 127 y ss. J. G. McLEOD, «Annotation».

⁷¹ CH. M. GLASS, N. KUBASEK, «The evolution...», pp. 171 y ss.

⁷² En un primer momento, el Gobierno federal planteó al Tribunal Supremo tres cuestiones del siguiente tenor: 1.^a ¿La legislación propuesta queda dentro de la competencia legislativa exclusiva del Parlamento? 2.^a ¿Es el matrimonio entre personas del mismo sexo compatible con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? 3.^a ¿Los ministros religiosos están amparados por la obligación de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo por la garantía de libertad religiosa? Además, tras un cambio de Gobierno, el nuevo ejecutivo planteó otra cuestión: 4.^a ¿Es el requisito tradicional de la heterosexualidad del matrimonio compatible con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? El 9 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo emitió su decisión consultiva (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 *S.C.R.* 698, 2004 *SCC* 79). Entre otros extremos afirmó lo siguiente; en primer lugar que la competencia sobre la legislación propuesta era de los órganos federales; en segundo lugar dijo que el matrimonio entre personas del mismo sexo emana de la igualdad garantizada por la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. El Tribunal estableció que el significado del matrimonio no es un concepto estático limitado a las uniones entre personas de distinto sexo y ha evolucionado hasta incluir el matrimonio entre personas del mismo sexo. La igualdad de acceso al matrimonio para las parejas homosexuales no es contrario a la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. También definió que los ministros religiosos no pueden ser obligados a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo cuando sea contrario a sus creencias religiosas.

El Tribunal Supremo se negó a contestar a la cuarta cuestión en base a que el Gobierno federal había prometido introducir la legislación que equiparaba al matrimonio homosexual sin tener en cuenta la respuesta del Tribunal Supremo y porque las parejas del mismo sexo que ya habían contraído matrimonio tenían legítimos intereses adquiridos en que no se abordase la cuestión.

M. C. KRONBY, *Canadian...*, pp. 12 y ss. J. D. PAYNE, M. A. PAYNE, *Canadian...*, pp. 24 y ss. C. MATHEN, «Mutability...», pp. 46 y ss. G. HUSCROFT, «Political...», pp. 37 y ss.

⁷³ *Statutes of Canada*, 2005, 33, *S.C.*

la jurisprudencia previa, del siguiente tenor: «*Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others*»⁷⁴. En la misma línea, su artículo 4 establece que «*For greater certainty, a marriage is not void or voidable by reason only that the spouses are of the same sex*».

La *Civil Marriage Act* pone especial énfasis en el controvertido⁷⁵ tema de la libertad de los ministros religiosos para negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo y en general en la salvaguarda de la libertad religiosa y de conciencia y de expresión de opiniones y creencias⁷⁶.

La nueva legislación introdujo también modificaciones que en consecuencia eran imprescindibles en otras muchas normas previas, como entre otras, *Canada Business Corporation Act, Divorce Act, Income Tax Act, Marriage (Prohibited Degrees) Act*, etc. Pero aunque tiempo antes de su promulgación la doctrina había puesto de manifiesto que las nuevas figuras familiares requerirían una reformulación de las normas de conflicto tradicionales⁷⁷, la *Civil Marriage Act* no abordó aspectos de Derecho Internacional Privado.

2. La ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio en el Derecho canadiense

A. Precisiones previas

Es necesario comenzar haciendo unas precisiones previas de carácter general sobre el Derecho Internacional Privado canadiense. Se trata de un sistema de especial complejidad, puesto

⁷⁴ Esta nueva definición obligaba a la correlativa modificación de la *Loi sur le Droit Fédéral et le Droit Civil de la Province de Québec*, cuyo artículo 5 pasó a decir: «*Le mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux*».

⁷⁵ La controversia fue especialmente intensa en lo que se refiere a los funcionarios civiles: B. MACDOUGALL, «Refusing to officiate at same-sex civil marriage», *Sask. L. Rev.*, 69, 2006, pp. 351 y ss. G. TROTTER, «The Right to decline performance of same-sex civil marriages: the duty to accommodate public servants: a response to Professor Bruce MacDougall», *Sask. L. Rev.*, 70, 2007, pp. 365 y ss.

⁷⁶ El artículo 3 establece:

«3. It is recognized that officials of religious groups are free to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs.

3.1 For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religious guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom».

⁷⁷ W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships and Anglo-Canadian Choice of Law: An Argument for Universal Validity», *Can. Y.B. Int'l L.*, 34, 1996, pp. 122 y ss.

que Canadá es un Estado plurilegislativo en el que concurren ordenamientos que responden a distintas tradiciones jurídicas, mientras la mayoría de las Provincias y Territorios son de *Common Law*, el Derecho de Québec es en gran medida tributario de la historia legal francesa. Se puede decir que cada Provincia y Territorio tiene su propio sistema conflictual, por consiguiente, cada juez aplicará los principios y normas sobre conflicto de leyes de la unidad territorial en la que se encuentre⁷⁸.

El influjo de las diferentes tradiciones jurídicas se hace patente en las fuentes del Derecho Internacional Privado de las Provincias y Territorios. En los que son de *Common Law*, sin perjuicio del respeto a los mandatos y principios constitucionales y a las obligaciones internacionales, principalmente convencionales, la mayor parte, aunque no únicamente, de los principios y reglas de conflicto se encuentran en las decisiones de los tribunales. Por el contrario, en Québec la mayor parte de sus disposiciones de Derecho Internacional Privado están codificadas, esencialmente en el Libro Décimo del Código Civil (artículos 3076 a 3168) denominado «del Derecho Internacional Privado», y también en otras disposiciones como el Código de Procedimiento Civil⁷⁹. No obstante, las diferencias deben ser apreciadas en sus justos términos. Es indiscutible que existe un Derecho Internacional Privado de Québec con sus propias soluciones específicas y diferentes⁸⁰. Pero también hay que admitir que, por obvias razones históricas y políticas, está muy influenciado por el *Common Law*; en este sentido, la doctrina ha concluido que el Derecho Internacional Privado de Québec consiste en principios del Derecho Francés junto con decisiones basadas en una variedad de fuentes, esencialmente originarias del *Common Law*⁸¹. Por esta razón, frecuentemente sus disposiciones coinciden con las soluciones de las demás Provincias y Territorios, y en ocasiones parecen muy anglosajonas desde la perspectiva de un jurista continental latino.

⁷⁸ CASTEL & WALKER, *Canadian Conflict of Laws*, 6.^a ed., Markham, 2005, vol. I, pp. 1-5.

⁷⁹ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 1-5-1-6.

⁸⁰ Por ejemplo, acudiendo al siempre clásico tema del reenvío vemos que en el ordenamiento de Québec está expresamente excluido, ya que el artículo 3080 de su Código Civil establece que «*Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois*». Por el contrario, el reenvío es posible en las Provincias de *Common Law*, salvo que esté expresamente excluido por Ley. G. GOLDSTEIN, «Private International Law», en: A. GRENON, L. BÉLANGER-HARDY (eds.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, 2008, p. 449.

⁸¹ G. GOLDSTEIN, «Private...», p. 434.

B. *La ley del domicilio como rectora de la capacidad nupcial*

En el ordenamiento de Canadá la ley personal es la del domicilio, que regula genéricamente el estatuto personal. En las Provincias y Territorios de *Common Law* esta conexión entronca con su más arraigada tradición y es común con los demás ordenamientos de esa familia jurídica⁸². Igualmente, la misma solución es consagrada por el párrafo 1.º del artículo 3083 del Código Civil de Québec⁸³.

Una reiterada jurisprudencia ha resuelto que una persona física está domiciliada en la unidad territorial en la que tiene o debe tener por ley su establecimiento personal permanente⁸⁴. Los tribunales canadienses determinan el domicilio aplicando únicamente la *lex fori*, aunque de una manera flexible en la que toman en consideración los propósitos, objetivos y valores materiales que incorpora la conexión domicilio en cada caso concreto⁸⁵.

En las Provincias y Territorios de *Common Law* el régimen legal de atribución, adquisición, cambio y demás vicisitudes del domicilio se rige por diversos precedentes jurisprudenciales y por disposiciones legislativas, sobre todo en lo que se refiere a las personas dependientes. En Québec, esta problemática está regulada en los artículos 75 a 83 de su Código Civil, cuyas soluciones son muy parecidas a las previstas en las Provincias y Territorios de *Common Law*. En general, se puede decir que el domicilio de origen atribuido por el nacimiento es el del domicilio de la persona de la cual es legalmente dependiente el nacido⁸⁶. El cambio de domicilio, con la consiguiente adquisición de uno nuevo, se opera por la residencia en un país, provincia o territorio diferente al del domicilio de origen o anterior con la intención de permanecer residiendo continuamente en el mismo; es decir, deben concurrir dos elementos, uno fáctico, consistente en residir de propósito en otro lugar, y otro volitivo, que implica el *animus manendi* en la nueva residencia⁸⁷.

⁸² CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-1.

⁸³ Dice este precepto: «*L'état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile*». C. EMANUELLI, *Droit International Privé Québécois*, 2.ª ed., Montréal, 2006, pp. 267 y ss.

⁸⁴ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-1. En similares términos se desenvuelve el artículo 75 del Código Civil de Québec.

⁸⁵ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-2.

⁸⁶ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 4-4. *Vid.* el artículo 80 del Código Civil de Québec.

⁸⁷ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 4-4., 4-5. *Vid.* el artículo 76 del Código Civil de Québec. C. EMANUELLI, *Droit...*, pp. 50 y ss.

Por lógica aplicación de lo que decíamos al principio de este apartado, la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del domicilio⁸⁸. En las Provincias y Territorios de *Common Law* han existido tradicionalmente dos doctrinas al respecto. Por un lado, la denominada *dual domicile doctrine*, que requiere para la validez del matrimonio que cada uno de los contrayentes sea capaz de acuerdo con la ley que gobierna su estatuto personal antes de contraer matrimonio, es decir, esta doctrina implica que la ley del domicilio de cada una de las partes rige su capacidad nupcial. Por otro lado, ocasionalmente se ha invocado la *intended matrimonial home doctrine*, que significa que las partes deben ser capaces para contraer el matrimonio de acuerdo con la ley del lugar donde ellos pretenden establecer su residencia conjunta después del matrimonio durante un tiempo razonable, o sea, la capacidad nupcial se rige por la ley del domicilio conjunto posterior al matrimonio⁸⁹. La inmensa mayoría de las sentencias, partiendo de una decisión muy conocida, *Brook v. Brook*⁹⁰, han seguido la *dual domicile doctrine*. Sin embargo, en algún supuesto puntual los tribunales han admitido la *intended matrimonial home doctrine*⁹¹. Sobre esta última doctrina volveremos más adelante por el interés que tiene para este trabajo.

El párrafo 1.º del artículo 3088 del Código Civil de Québec dice que «*Le mariage est régi, quant à ses conditions de fond, par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux*». Lo que significa, por remisión al ya citado párrafo 1.º del artículo 3083, que la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del domicilio de cada uno de los contrayentes⁹².

⁸⁸ Por el contrario, la validez formal del matrimonio se rige, salvo unas puntuales excepciones, por la *lex loci celebrationis* (CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 16-1 y ss. D. J. MACDOUGALL, «Marriage Resolution and Recognition in Canada», *F.L.Q.*, 29, 1995, pp. 546-547.). Por su parte, el párrafo 2.º del artículo 3088 del Código Civil de Québec establece que «*Il est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de sa célébration ou par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux*». G. GOLDSTEIN, E. GROFFIER, *Droit International Privé*, Montreal, 1998, T. II, pp. 71 y ss.

⁸⁹ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, pp. 16-7 y ss.

⁹⁰ [1861-73] *All E.R. H. L.*, 493. En ella se estableció lo siguiente: «*A marriage between persons domiciled in England which is solemnized in a foreign country in compliance with the law relating to marriage in that country is valid in England unless in its essentials the marriage is such that it would be void in England, as, for instance, if the parties were within the prohibited degrees of kindred and affinity*». En el *Common Law* canadiense es fundamental el caso *Schwebel v. Ungar*, [1965] *S.C.R.*, pp. 148 y ss.

⁹¹ *Minister of Employment and Immigration v. Narwal*. 26 *R.F.L.* (3d), pp. 95 y ss.

⁹² G. GOLDSTEIN, E. GROFFIER, *Droit International...*, T. II, pp. 74 y ss. C. EMANUELLI, *Droit...*, pp. 270 y ss.

3. Razones que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo en el supuesto de sujetos domiciliados en países que no admiten tal institución

A. Precisiones sobre la naturaleza y operatividad de la conexión domicilio

Desde el momento en el que la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del domicilio de cada uno de los futuros cónyuges, puede plantearse el problema de si es admisible en Canadá el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando la ley del domicilio de uno o de los dos contrayentes no admite dicho matrimonio. Ciertamente, esta cuestión se suscita con menos frecuencia, intensidad y virulencia que en los países que, como España, utilizan la nacionalidad como ley personal. En este sentido hay que recordar que la conexión nacionalidad, como manifestación del principio de soberanía⁹³, ordena la aplicación de un ordenamiento extranjero respecto del estatuto personal de los no nacionales, lo cual puede ser relativamente frecuente en los Estados que como el nuestro cada vez son más receptores de extranjeros. Por el contrario, la conexión domicilio representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive, es una conexión más real, sobre todo si tenemos en cuenta cómo se interpreta el concepto de domicilio en el sistema canadiense, y favorece la coincidencia entre *forum e ius*. No obstante, el problema es real⁹⁴ y en los apartados siguientes vamos a analizar las soluciones que se han propuesto para hacer frente al mismo, aun admitiendo que los matrimonios así celebrados serán claudicantes en muchas ocasiones⁹⁵.

B. El orden público

Siguiendo a M. Bailey podemos aducir un primer argumento en el sentido de que cuando la ley personal –ley del domicilio– deniega la capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo

⁹³ P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.*, 1986-III, pp. 51 y ss. J. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992, p. 212.

⁹⁴ D. L. CARLSON, «Same-sex couples seek haven in Canada», 14, *L Times*, n.º 39, p. 12. M. BAILEY, «Same-Sex ...», p. 1018. Sin embargo, esta última autora pone de relieve como Ontario permite «matrimonios turísticos» entre partes no conectadas con la Provincia sin hacer ninguna investigación sobre si las partes tienen capacidad para casarse bajo sus leyes domiciliarias.

⁹⁵ M. C. KRONBY, *Canadian...*, p. 15.

sexo, tal incapacidad puede ser ignorada en base al orden público⁹⁶. Diversos precedentes jurisprudenciales pueden ser alegados a este respecto. El más claro es *Sotomayer v. De Barros*⁹⁷; el litigio se refería a la validez del matrimonio de un portugués domiciliado en Inglaterra, que en este país se casó con una portuguesa domiciliada en Portugal, dándose la circunstancia de que eran primos y de acuerdo con el ordenamiento portugués por esta razón eran incapaces de contraer matrimonio sin la previa dispensa papal. En la sentencia se afirmó: «No country is bound to recognize the laws of a foreign state when they work injustice to its own subjects, and this principle would prevent the judgment in the present case being relied on as an authority for setting aside a marriage between a foreigner and a English subject domiciled in England, on the ground of any personal incapacity not recognized by the law of this country. Numerous examples may be suggested of the injustice which might be caused to our own subjects if a marriage were declared invalid, on the ground that it was forbidden by the law of the domicile of one of the parties. It is still the law in some of the United States that a marriage between a white person and a person of colour is void. In some States the amount of colour which will incapacitate is undetermined; in North Carolina all are prohibited who are descended from negro ancestors to the fourth generation inclusive, though one ancestor of each generation may have been a white person»⁹⁸. De esta manera el orden público desplaza las consecuencias de la *dual domicile doctrine*.

Como señala la doctrina, «canadian courts will not recognize or enforce a foreign law or judgment or a right, power, capacity, status or disability created by a foreign law that is contrary to the forum's fundamental public policies, its essential public or moral interest, or its conception of essential justice and morality»⁹⁹. A su vez, el artículo 3081 del Código Civil de Québec dice que: «*L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales*». Es decir, la excepción de orden público como mecanismo correctivo de la aplicación de la norma de conflicto tiene una clara e importante presencia en el sistema canadiense. La doctrina coincide,

⁹⁶ M. BAILEY, «Same-Sex...», pp. 1018 y ss. Son también de notable interés los trabajos de la misma autora: M. BAILEY, «How will Canada respond to same-sex marriages?», *Creighton L. Rev.*, 105, 1998-1999, pp. 105 y ss., especialmente pp. 111 y ss. ID., «Hawaii's Same-sex Marriages Initiatives: Implications for Canada», *Can.J.Fam.L.*, 15, 1998, pp. 153 y ss.

⁹⁷ [1879] *L.R.*, 5 P.D., pp. 94 y ss.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 104. Vid. También *Scott v. Her Majesty Attorney General*, [1886] *L.R.*, 11 P.D., pp. 128 y ss., *Chetti v. Chetti*, [1909] *L.R.*, pp. 67 y ss.

⁹⁹ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 8-10.

como no podía ser de otra manera, en que es difícil dar una definición precisa del contenido y alcance del orden público, pero también coincide en que lo conforman principios fundamentales de justicia, concepciones básicas y arraigadas en la concepción del Derecho del foro y muy especialmente los derechos y libertades consagrados en tratados internacionales, así como en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* y en la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, poniendo especial énfasis en el rechazo de cualquier forma de discriminación¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, apoyándose en los derechos humanos reconocidos tanto en documentos internacionales como internos, se puede argüir que aplicar una ley extranjera que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo es discriminatorio y contrario al orden público¹⁰¹.

C. *El respeto a los derechos y libertades y en especial la supresión de cualquier forma de discriminación*

Enlazando con el apartado anterior, hay que recordar que, como hemos dicho en páginas precedentes, el respeto a los derechos y libertades enumerados en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* y en especial la prohibición de cualquier discriminación basada en la orientación sexual fueron los motivos fundamentales que propiciaron la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema canadiense¹⁰². En este sentido es muy gráfico tanto lo sostenido en las sentencias como en el Preámbulo de la *Civil Marriage Act*. Por ejemplo, la esencia de la decisión de la *Ontario Court of Appeal* en el Asunto *Halpern*¹⁰³ fue la siguiente: «The common law definition of marriage violated s. 15(1) of the Charter. The historical disadvantage suffered by same-sex couples favoured a finding of discrimination in the case-at-hand. A law prohibiting same-sex couples from marrying did not accord with the needs, capacities and circumstances of same-sex couples. Denying same-sex couples the right to marry perpetuated the view that same-sex couples were not capable of forming loving and lasting relationships. Equal treatment under the law with respect to benefits and obligations had not been afforded to same-sex couples. Not all benefits and obligations available to married couples had been extended to cohabiting

¹⁰⁰ CASTEL & WALKER, *Canadian...*, p. 8-11. G. GOLDSTEIN, E. GROFFIER, *Droit International...*, T. I, pp. 281 y ss. C. EMANUELLI, *Droit...*, pp. 253 y ss.

¹⁰¹ M. BAILEY, «Same-Sex...», p. 1019.

¹⁰² M. BAILEY, «How will...», pp. 112 y ss.

¹⁰³ *Vid.* nota 70.

couples. The dignity of persons in same-sex relationships was violated by the exclusion of same-sex couples from the institution of marriage. The violation of the seven couples' equality rights under s. 15(1) of the Charter was not justified under s. 1 of the Charter. ... An appropriate remedy to the infringement of the couples' constitutional rights was to declare the existing common law definition of marriage to be invalid to the extent that it referred to one man and one woman, and to reformulate it as the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others». Igualmente, en el Preámbulo de la *Civil Marriage Act*¹⁰⁴ se afirma: «Whereas the Parliament of Canada is committed to upholding the Constitution of Canada, and section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees that every individual is equal before and under the law and has the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination; ... Whereas only equal access to marriage for civil purposes would respect the right of couples of same sex to equality without discrimination, and civil union, as an institution other than marriage, would not offer them that equal access and would violate their human dignity, in breach of the Canadian Charter of Rights and Freedoms; ... Whereas, in order to reflect values of tolerance, respect and equality consistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms, access to marriage for civil purposes should be extended by legislation to couples of the same sex».

De estos textos, puramente representativos de otros muchos, se desprende el peso decisivo que la Constitución y determinados principios constitucionales, como son el de igualdad, el de no discriminación por ningún motivo injustificado, especialmente por la orientación sexual, el de la dignidad de la persona, etc. tuvieron en la reforma canadiense del matrimonio. Desde esta perspectiva no sólo nos encontramos ante un criterio fundamental para definir el contenido del orden público, sino que además nos hallamos ante un elenco de derechos constitucionales inherentes a cualquier persona, y que por consiguiente no se pueden negar a un sujeto en base a los mandatos de su ley personal, la cual, desde esta concepción, no puede ser óbice para impedir contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

D. *Intended matrimonial home doctrine*

Como hemos visto anteriormente, en ocasiones los tribunales canadienses han seguido la *Intended matrimonial home doctrine*,

¹⁰⁴ Vid. nota 73.

que implica que los contrayentes deben ser capaces para contraer matrimonio de acuerdo con la ley del lugar donde ellos pretenden establecer su residencia conjunta después del matrimonio durante un tiempo razonable, es decir, la capacidad nupcial se rige por la ley del domicilio conjunto posterior al matrimonio. Esta doctrina se recoge, por ejemplo, en el asunto *Minister of Employment and Immigration v. Narwal*¹⁰⁵. Se trataba de un caso en el que el matrimonio era inválido de acuerdo con la ley del domicilio prenupcial del marido, pero sin embargo válido según el Derecho de Canadá, donde los contrayentes pretendían establecer su domicilio una vez casados. La *Federal Court of Canada (Appeal Division)* estimó que el matrimonio era válido. En esencia la decisión sostuvo que «the traditional view is that capacity to marry is governed by the ante-nuptial domicile. In an appropriate case, a marriage may also be essentially valid if it complied with the law of the intended matrimonial domicile. The parties apparently intended to reside together in Canada. According to the law of the intended matrimonial domicile, the prohibition did not apply and the marriage was valid...». En el plano académico se ha justificado esta solución alegando que el ordenamiento jurídico de la sociedad en la que los esposos van a vivir tiene el interés más estrecho en determinar si ellos tienen capacidad para vivir como marido y mujer¹⁰⁶. También es una doctrina más atenta al principio de proximidad¹⁰⁷. Desde la perspectiva de un país de inmigración esta tesis es muy admisible, puesto que el matrimonio va a estar mucho más vinculado con el lugar del domicilio inmediatamente posterior al matrimonio que con los respectivos domicilios anteriores a su celebración.

La *Intended matrimonial home doctrine* puede ser muy operativa y jugar un papel muy importante en cuanto a la problemática que ahora nos ocupa, ya que mediante su aplicación se pueden considerar válidos matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Canadá y que pretendan establecerse en ese país, en los casos en que de acuerdo con la ley personal, ley del domicilio, de uno o de los dos contrayentes tal matrimonio no sea posible.

¹⁰⁵ (1990), 26 *R.F.L.* (3d), pp. 95 y ss.

¹⁰⁶ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Oxford, 2002, p. 226. M. BAILEY, «Same-Sex...», pp. 1012-1013.

¹⁰⁷ El principio de proximidad es uno de los que inspiran los artículos de Derecho Internacional Privado en el Código Civil de Québec. G. GOLDSTEIN, «Private...», p. 441.

E. *Soluciones acordes con la movilidad de las personas en un mundo global*

Algún sector de la doctrina¹⁰⁸, consciente de que instituciones novedosas requieren soluciones novedosas, ha propuesto la necesidad de articular normas de conflicto que satisfagan las expectativas de las partes desde la perspectiva de que la movilidad es un valor fundamental del Derecho Internacional Privado y más en el mundo global en el que hoy vivimos.

A este respecto se ha encontrado apoyo en algunas decisiones de los Tribunales, que sin referirse a cuestiones de Derecho de Familia, ya que se trataba de casos de *torts*, han puesto énfasis en la necesidad de que las soluciones legales deben estar siempre muy atentas a las realidades sociales y en concreto el Derecho Internacional Privado debe constituir soluciones de validez universal, que aseguren la certeza y la movilidad de personas e instituciones en un mundo global. Por ejemplo, en el asunto *Hunt v. T & N plc*¹⁰⁹ se afirmó lo siguiente: «Legal systems and rules are a reflection and expression of the fundamental values of a society, so to respect diversity of society it is important to respect differences in legal systems. But if this to work in our era where numerous transactions and interactions spill over the borders defining legal communities in our decentralized world legal order, there must also be a workable method of co-ordinating this diversity ... Developing such co-ordination in the face of diversity is a common function of both public and private international law. It is also one of the major objectives of the division of powers among federal and provincial governments in a federation». Y en la sentencia del caso *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*¹¹⁰ se dijo que «The court takes jurisdiction not to administer local law, but for the convenience of litigants, with a view to responding to modern mobility and the needs of a world or national economic order». Estas afirmaciones han llevado a la doctrina a decir que la citada construcción judicial «... promulga economic mobility as a core structural value within the framework of private international law»¹¹¹.

Al hilo de esta construcción se ha llegado a proponer la superación de la distinción entre validez formal y sustancial del matrimonio, de tal manera que la validez del mismo solo debe contemplarse a la luz de la *lex loci celebrationis*, y en consecuencia el matrimonio

¹⁰⁸ W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», pp. 122 y ss.

¹⁰⁹ (1993) 109 *D.L.R.* (4th) 16 (S.C.C.). W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», p. 125.

¹¹⁰ (1995) 120 *D.L.R.* (4th) 289 (S.C.C.).

¹¹¹ W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», p. 131.

válido en el lugar de su celebración debe ser reputado como válido en cualquier lugar. Esta tesis sería aplicable tanto a los matrimonios celebrados en el foro como a los contraídos en el extranjero. Esta doctrina tendría la ventaja de garantizar la certeza, una mejor protección de las expectativas de las partes, así como ser más conforme con el valor fundamental de la movilidad de personas e instituciones¹¹². Ciertamente, esta posición doctrinal, que no lo olvidemos es bastante anterior en el tiempo a la legalización en Canadá del matrimonio entre personas del mismo sexo, no ha tenido un claro reflejo en la práctica canadiense, sin embargo, tiene un notable interés como criterio hermenéutico a la hora de abordar los distintos problemas y las respectivas soluciones que la cuestión plantea¹¹³.

IV. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos analizado un mismo problema mediante la comparación de su planteamiento y soluciones en dos sistemas diferentes de Derecho Internacional Privado. Justamente por las diferencias inherentes a los dos ordenamientos el problema se suscita de manera diversa. Una vez más se ponen de relieve las consecuencias que tiene la dualidad nacionalidad-domicilio a la hora de determinar la ley personal. La conexión domicilio es más real y representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive y favorece la coincidencia entre *forum e ius*. Por estas razones la cuestión se plantea en el ordenamiento canadiense con menor frecuencia e intensidad que en el español. Pero con independencia de este presupuesto, y salvando las lógicas diferencias, llama la atención que las principales soluciones propuestas, orden público y referencia a los derechos y libertades fundamentales de rango constitucional, coinciden en ambos sistemas.

¹¹² W. A. ADAMS, «Same-Sex Relationships...», pp. 127 y ss.

¹¹³ No obstante, esta tesis ha sido acogida recientemente por los tribunales de Nueva York para admitir la validez de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en Canadá. En *Martínez v. County of Monroe* un tribunal de Nueva York sostuvo que un matrimonio homosexual entre dos neoyorquinos podía ser reconocido en Nueva York, ya que los tribunales de dicho Estado habían establecido reiteradamente que se podían reconocer los matrimonios celebrados fuera del Estado cuando eran válidos en el lugar de celebración, salvo que implicasen incesto o poligamia, que caen dentro de las prohibiciones de «*natural law*» o estuviesen prohibidos por una «*positive law*» de Nueva York, lo cual no ocurría ya que dicho Estado no había aprobado un Mini-DOMA. S. C. SYMEONIDES, «Choice of Law in the American Courts in 2008: Twenty-Second Annual Survey», *AJCL*, 2009, pp. 310-312.

Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración¹

SOFÍA DE SALAS MURILLO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Si la edad es uno de los criterios utilizado tradicionalmente para la graduación de la capacidad de obrar, el otro es el que modernamente se conoce como capacidad psíquica o intelectual. Pero así como la edad es un dato de fácil y objetiva constatación, la discapacidad, para tener relevancia en el Derecho, ha de ser apreciada y valorada según unos criterios y estándares que no siempre son uniformes. El objetivo de este trabajo es mostrar una visión general de los mismos en el ordenamiento jurídico español y analizar sus interrelaciones, en la medida que ello pueda influir en la conformación de un estatuto jurídico de la persona con discapacidad.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad – capacidad de obrar – dependencia – incapacitación

ABSTRACT

If the age is one of the criteria used to calibrate the capacity to act, the other is the nowadays known as mental or intellectual ability. But as well as the age is an easy and objectively verifiable fact, the mental disability, in order to be relevant for law, must be appreciated and valued according to criteria and standards that are not always uniform. This paper aims to show an overview in the Spanish legal system and analyze their interrelations, to the extent that it might influence for the design of a legal status of the person with disability.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Instrumentos de coordinación legislativa en materia de discapacidad» (SEJ2007-67022JURI), cuyo Investigador principal es el Dr. Martínez de Aguirre Aldaz.

KEYWORDS

Disability – exercise of legal capacity – dependency – disablement

SUMARIO: 1. *Introducción: la configuración del estatuto de la persona con discapacidad psíquica o intelectual comporta la ineludible necesidad de valoración.*–2. *Operadores jurídicos que valoran la capacidad:* 2.1 Valoración judicial de la capacidad: 2.1.1 El juez civil en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. 2.1.2 El juez civil ha de valorar la capacidad en los pleitos en los que se cuestiona la validez del negocio jurídico por falta de aptitud para entenderlo y quererlo. 2.1.3 La apreciación judicial de la capacidad para efectuar actos *personalísimos*. 2.1.4 El juez civil a efectos de apreciar la imputabilidad civil. 2.1.5 El juez de lo penal. 2.1.6 El juez de lo social. 2.2 La calificación notarial de la capacidad. 2.3 La calificación administrativa de la capacidad: 2.3.1 La calificación de la «minusvalía». 2.3.2 La calificación de la «dependencia». 2.3.3 La calificación de la «(in)capacidad laboral». 2.4 La calificación médica de la capacidad a efectos del consentimiento informado. 2.5 La «calificación» del interesado de su propia capacidad.–3. *Relación entre las diversas calificaciones de la capacidad o discapacidad de la persona:* 3.1 Aplicación múltiple de la calificación administrativa de minusvalía. 3.1.1 Incursión de la certificación de minusvalía en el ámbito civil a través de la Ley 41/2003. 3.1.2 Conexión de la certificación de minusvalía con la declaración de incapacidad laboral. 3.1.3 Certificación de minusvalía e incapacidad laboral a los efectos de igualdad de oportunidades. 3.1.4 Minusvalía, incapacidad laboral e incapacitación judicial en el ámbito fiscal. 3.1.5 Interrelaciones de la baremación de la dependencia. 3.2 El valor de la sentencia de incapacitación fuera del Derecho civil.–4. *En torno a la formulación de un estatuto.*

1. INTRODUCCIÓN: LA CONFIGURACIÓN DEL ESTATUTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA O INTELLECTUAL COMPORTA LA INELUDIBLE NECESIDAD DE VALORACIÓN

La fijación del ámbito subjetivo del llamado *estatuto jurídico del menor*² es sencilla, puesto que se realiza conforme a criterios objetivos de cómputo de edad.

² De este estatuto habla Francisco RIVERO HERNÁNDEZ en *El interés del menor*, Dykinson, 2007, 2.^a ed., especialmente pp. 35 a 41, para destacar el carácter de orden público de las normas que lo integran y el principio del interés de menor que lo preside.

En este sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, norma de cabecera de dicho estatuto, afirma en su artículo 1 que «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»; en términos similares se expresa el artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996. Así, el ámbito subjetivo de aplicación del estatuto del menor viene marcado por la minoría de edad que, en el caso español, incluye a los que todavía no han cumplido 18 años³.

De entre las normas que integran este estatuto, al Derecho civil interesan especialmente las que determinan la capacidad de obrar del menor, puesto que es la mayoría de edad la que marca la atribución de una capacidad de obrar general (art. 322 CC). Capacidad de obrar del menor, como es sabido, limitada, pero que se va ampliando por medio de capacidades especiales, bien señaladas a través de la edad, bien vinculadas directa o indirectamente al proceso de progresiva adquisición de capacidad natural del menor como consecuencia de su desarrollo⁴.

Si la *edad* es uno de los criterios que nuestro sistema ha utilizado tradicionalmente para la graduación de la capacidad de obrar, el otro ha sido el que modernamente llamaríamos de *capacidad psíquica o intelectual*; concepto al que, expresado en términos negativos y al hilo de la capacidad para prestar consentimiento en el ámbito contractual, se refiere el artículo 1263 CC: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los incapacitados».

Por ello es habitual, junto al tratamiento jurídico de la menor edad, aludir al de la –de una u otra forma denominada– *capacidad psíquica o intelectual*. Y ello por cuanto las normas que integran ambos estatutos jurídicos, se caracterizan, entre otras cosas, por contener restricciones más o menos amplias en la capacidad de obrar, que vienen acompañadas de las correspondientes instituciones de guarda.

Pero así como la edad es un dato de fácil y objetiva constatación, la discapacidad, para tener relevancia en el Derecho, ha de ser apreciada y valorada según unos criterios y estándares que no siempre

³ En Aragón, según el artículo 11.b de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, es mayor de edad el menor de 18 años «que ha contraído matrimonio», teniendo en cuenta que la dispensa sólo se otorga a partir de los 14 años (cfr. art. 48.II CC). Esta mayoría de edad le hace «capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley» (art. 1.2 Ley 13/2006).

⁴ Cfr. por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *ADC*, tomo XLV, fasc. IV, 1992.

son uniformes. El objetivo de este trabajo es mostrar una visión general de los mismos en el ordenamiento jurídico español y analizar sus interrelaciones, en la medida que ello pueda influir en la conformación de un *estatuto jurídico de la persona con discapacidad*.

Valoración, en especial, de la capacidad de tipo psíquico o intelectual. Es ésta una cuestión nuclear para el Derecho en general y el ordenamiento jurídico privado en particular, en la medida en que, junto con otros factores, determina la presencia, limitación o ausencia de la facultad de autogobierno –eje sobre el que gira la incapacitación– o de un consentimiento válidamente formado en el negocio jurídico del que se trate. Ello es compatible lógicamente, pues así lo reconoce el propio Código civil, con que algunas enfermedades o deficiencias de tipo físico o de tipo sensorial puedan incidir en el autogobierno; y por supuesto, con el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, abarque tanto la discapacidad física o sensorial como psíquica.

No quiero dejar de resaltar ahora que precisamente, la necesidad de valoración es uno de los puntos comunes de las diferentes situaciones encuadrables en el heterogéneo concepto de discapacidad. La clasificación tradicional distingue entre discapacidad física, psíquica o intelectual y sensorial; no obstante, cada uno de estos apartados se ha abierto a nuevos contenidos (v.gr. la discapacidad intelectual, prácticamente identificada con el retraso mental, actualmente incluye enfermedades como el autismo, que no tiene porqué llevar aparejado aquél), y se alude a un cuarto tipo de discapacidad, que es la que deriva de los trastornos psiquiátricos o psicológicos. Sea del tipo que sea, si por algo se caracteriza la discapacidad es por la necesidad de apoyo social para poder hacer real la igualdad de oportunidades, y la articulación de estos apoyos pasa por la valoración de la discapacidad.

El enfoque y *modus operandi* de dicha valoración ha ido evolucionando.

En efecto, con una u otra terminología, la discapacidad ha sido objeto de regulación jurídica desde el Derecho Romano donde se aplicaba v.gr. la *cura furiosi*, y la relevancia de lo psíquico, se ha venido apreciando, cuando menos, en los campos que hoy llamaríamos civil y penal. En estos ámbitos hemos asistido a un tránsito desde una apreciación en términos de ser o no ser, y acaso intuitiva, a una apreciación más afinada, que en concreto, en el ámbito civil, se manifiesta en la –anhelada aunque no siempre conseguida– graduación de la sentencia de incapacitación y en la elección de la figura de guarda apropiada.

Que desde otros ámbitos, como el laboral, tributario, asistencial o de servicios sociales se tenga en cuenta esta valoración de la capacidad es más reciente, y va de la mano no sólo de la propia aparición de algunas de estas ramas del Derecho, sino de la evolución general de nuestros sistemas políticos y jurídicos.

Quiero resaltar no obstante que es en el Sector público donde se da un nuevo paso en la evolución en la especialización de los mecanismos de respuesta, a través de conceptos como el *PIA* o plan individualizado de actuación, al que alude la Ley 39/2006, conocida como Ley de dependencia. En el ámbito civil es éste el horizonte que el Ministerio Fiscal propone en la STS de 29 de abril de 2009 (Sala 1.ª, Ponente Roca Trías), cuando afirma que la aplicación de la Convención de Naciones Unidas de 2006 supone que «(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta (F.J. 3.º)». Simplemente dejo aquí apuntada la cuestión, que se aleja en parte del tema de que nos ocupa.

Sea como fuere, la relevancia de la capacidad o la discapacidad para el Derecho pasa por su valoración. Fruto de esa valoración, el Derecho asigna las medidas de respuesta apropiadas.

Comenzaremos con una prospectiva, no exhaustiva por supuesto, de los distintos operadores jurídicos a los que corresponde valorar la capacidad o discapacidad de las personas. Advertiré que me refiero a éstos y no a todos y cada de uno de los agentes que intervienen de una forma u otra en los procesos judiciales, administrativos o privados. En concreto no me referiré ahora a la figura del Ministerio Fiscal, pese a su esencial protagonismo en materia de discapacidad.

Esta labor ha de realizarse a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, de la que puede afirmarse constituye el *estatuto de la persona con discapacidad* en el plano internacional⁵.

La importancia capital de esta Convención viene dada, entre otros aspectos, por su fuerza obligatoria para los países que la han firmado y ratificado, a diferencia de los instrumentos internacionales que, con carácter de *soft law*, contemplaban hasta el momento la discapacidad⁶.

⁵ *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (publicada en BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008) y *Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, ratificado en la misma fecha (publicado en BOE núm. 97 de 22 de abril de 2008).

⁶ El Año Internacional de los Impedidos en 1981 (proclamado en 1976 por Resolución 31/123 de la Asamblea General) condujo a la aprobación por la Asamblea General del Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Dicho Programa determinó dos metas para la cooperación internacional: la igualdad y la plena participación de las personas con

Esta Convención, que forma parte del ordenamiento jurídico español⁷, no ha sido objeto, en cuanto a su desarrollo legislativo en el ámbito nacional, del mismo tratamiento que la de derechos del Niño de 1989 (Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996), pese a que protección de los niños (art. 39.4), y de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49) se hallan emplazados en el mismo Capítulo III «*De los principios rectores de la política social y económica*» del Título I de la Constitución.

Son muchos, y con una enorme carga de profundidad, los aspectos relevantes de esta Convención. En este sentido, se ha destacado que, a diferencia de la citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad de 2006 no contiene solamente un desarrollo de derechos sustantivos, sino también que tales derechos son abordados en concreto desde la perspectiva y la fórmula propias de los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, de modo que en el desarrollo de cada derecho se especifican los medios de acción positiva que son necesarios para su logro, teniendo en cuenta dichos principios⁸.

Desde la perspectiva del Derecho civil, reviste capital importancia el artículo 12 referido a la capacidad jurídica, que fue una de las cuestiones más duras y delicadas en los trabajos preparatorios, y de hecho, el desacuerdo sobre dicho punto estuvo a punto de impedir la aprobación del Convenio⁹. La importancia de este nuevo

discapacidad en la vida social y el desarrollo. Un resultado importante del *Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos* (1983-1992) fue la aprobación por la Asamblea General en 1993 de las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. Las Normas fueron un instrumento para la elaboración de políticas y sirven de base para la cooperación técnica y económica. En 1991, la Asamblea aprobó un nuevo conjunto de normas para la protección de las personas con enfermedades mentales, los *Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental*. En 1994 la Asamblea hizo suya una estrategia a largo plazo para fomentar la ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, con la meta de «una sociedad para todos». La accesibilidad, el empleo y los servicios sociales y las redes de seguridad social son las cuestiones de política prioritarias enunciadas por la Asamblea en 1997. Todos ellos, no obstante, no dejan de ser recomendaciones.

Fuente: <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/humanrights/disable.htm>

⁷ España no sólo ha ratificado la Convención y el Protocolo Facultativo, sino que lo ha hecho sin formular ningún tipo de reserva ni utilizando cláusulas *opt-out* para eludir control alguno, sino que se somete a todos los controles previstos en ambos instrumentos internacionales.

⁸ En este sentido, Antonio GARCÍA PONS, en *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más señas, Madrid, 2008, pp. 36 y 37 con citas de participantes en la redacción del Convenio.

⁹ Fundamentalmente por el rechazo de los países islámicos, China y Rusia, que proponían reconocer capacidad jurídica a la persona con discapacidad, pero sin mención alguna a la capacidad de obrar. La decisiva labor de la Unión Europea en este punto tuvo como fruto la aprobación del texto actual, que alude a la capacidad de obrar al menos como «*ejercicio de su capacidad jurídica*», para reconocer el acceso al apoyo que puedan nece-

enfoque del «ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad, de las *medidas relativas* a dicho ejercicio plasmadas en «*salvaguardias adecuadas y efectivas*» ya se vislumbra en la citada STS de 29 de abril de 2009, en la que el Ministerio Fiscal propone una nueva concepción de las medidas de guarda legal, y en concreto, un recurso más generalizado a la curatela como medida de apoyo a la persona con discapacidad, más respetuosa y acorde con su dignidad que la tutela. Argumentos no aceptados por la Sala 1.^a pero que quedan reflejados como indicadores, quizá, de nuevos vientos en esta materia.

Pero como líneas atrás anunciaba, elegiré únicamente uno de los muchos aspectos de la Convención, a los efectos que interesan en la configuración del estatuto de la persona con discapacidad, y que es, precisamente, la definición *convencional* de persona con discapacidad. Y quiero resaltar que precisamente, ésta es una de las diferencias relevantes en cuanto a ambos estatutos: la dificultad que entraña la delimitación del ámbito subjetivo del estatuto de las personas con discapacidad.

Dicho ámbito viene anunciado en su aparentemente sencillo título, que utiliza una terminología cargada de contenido y consecuencias prácticas.

En él se habla de *personas con discapacidad*, y no de minusválidos, ni deficientes o inválidos. Se trata de evitar toda terminología que pueda evocar una discriminación negativa: ni disminuido, ni *minus-válido*, ni *in-válido*, *in-capacidad* y ni siquiera se habla de discapacidad, *disability*, en general, sino de personas con discapacidad (*persons with disabilities*).

El desarrollo de este concepto se encuentra en el artículo 1.2: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»¹⁰.

sitar para dicho ejercicio (art. 12.3) y para que «todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas» (art. 12.4).

¹⁰ Esta terminología va en la línea de la segunda edición de la Clasificación Internacional aprobada por la OMS, en su 54.^a Asamblea Mundial, mediante Resolución WHA 54.21, de 22 de mayo de 2001, que pasa a denominarse *International Classification of Functioning, Disability and Health* [ICF], y sustituye a la anterior *International Clas-*

A lo largo de la exposición que sigue, observaremos cómo esta concepción funcional y relacional de la discapacidad ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico antes de la incorporación de la Convención al mismo.

2. OPERADORES JURÍDICOS QUE VALORAN LA CAPACIDAD

La calificación de la capacidad es llevada a cabo por diversos agentes, tanto en el ámbito de lo que usualmente denominamos Derecho privado, como del Derecho público.

Me referiré a continuación a la labor que en este sentido hacen jueces, notarios y Administraciones públicas, sin olvidar que el ordenamiento jurídico encomienda también labores de valoración, con trascendencia jurídica a los médicos e incluso al propio interesado. Veremos, en rasgos generales, qué conceptos y criterios se utilizan en cada caso.

2.1 VALORACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD

2.1.1 El juez civil en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar

Como se sabe, la incapacitación judicial es el único medio para reconocer y declarar la inexistencia o limitación de la capacidad de obrar de los ciudadanos, que de otro modo se presume plena.

sification of Impairments, Disabilities and Handicaps [ICIDH]. En la versión oficial en lengua castellana de esta Resolución se habla Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud [CIF]. Es muy significativo también, que la poderosa AAMR, que elabora sus propias definiciones de *mental retardation* tenidas en cuenta igual o más que el CIF, se llame ahora *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities*, y que consideren como sinónimos el término *Intellectual Disability* y el de *Mental Retardation*.

http://www.aamr.org/content_96.cfm?navID=20.

En nuestro sistema, la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006 ordena las correspondientes adaptaciones terminológicas. *Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.*

Estando este trabajo en prensa, se aprobó el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, que reforma el RD 1971/1999, para hacer la correspondiente adecuación terminológica ordenando que el término de «minusvalía» sea sustituido por el de «discapacidad», y el de «grado de discapacidad» por el de «grado de limitaciones en la actividad».

Téngase en cuenta esta norma para todas las alusiones que en este trabajo sigue habiendo a la «minusvalía».

En este contexto, lo que el juez califica es la capacidad de autogobierno, cuya ausencia o disminución es el presupuesto legal de la incapacitación. Conviene recordar que en este punto hay una reserva formal de Ley efectuada por el propio artículo 199 CC: «*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*». Reserva de Ley que contrasta, por cierto, con la regulación reglamentaria de la decisiva calificación de minusvalía, como veremos.

Lo decisivo es el resultado originado por la enfermedad o deficiencia en la medida en que supone una limitación en la adopción de decisiones y en la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica, tanto en el plano estricto de la personalidad como en el económico o patrimonial [por todas, STS de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/5204)]. Resultado que va desde un autogobierno casi inexistente, hasta uno limitado.

En esta labor el juez actúa, o por lo menos, decide, solo; no está, en el sentido técnico de la palabra, asistido por un equipo, pero sí ilustrado por unas pruebas que el artículo 759 LEC considera preceptivas, tanto en primera como en segunda instancia; estas pruebas son la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen del presunto incapaz por el juez y los dictámenes periciales.

El objeto de valoración no es por tanto la existencia de una enfermedad o deficiencia.

Ciertamente al dictamen pericial médico –obligatorio *ex art. 759.1 LEC*– corresponde determinar datos de enfermedad, relacionarla con habilidades relevantes al dominio que se enjuicia y concretar congruencias e incongruencias al respecto¹¹. En ese sentido, el dictamen sirve para que el juez pueda conocer plenamente la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias permanentes que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, pero no es el único criterio, ni siquiera el determinante.

De hecho, la labor del juez en los procesos de modificación de la capacidad de obrar supone una «compleja valoración de las con-

¹¹ El catedrático de Psiquiatría CALCEDO ORDÓÑEZ configura como objetivos de la pericia médica en el proceso de incapacitación civil los siguientes: 1) Enfermedad física o psiquiátrica que padece el presunto incapaz; 2) Naturaleza o etiología de la misma; 3) Si la enfermedad es persistente e irreversible; 4) Incongruencias que determina en las actividades de vida independiente, económico-administrativas, salud y transporte del presunto incapaz; 5) Cualquier otro extremo que el perito considere de interés para una mayor información y esclarecimiento sobre el presunto incapaz. Las inferencias sobre volición y discernimiento del presunto incapaz quedarían sólo a criterio del juez, no del perito. CALCEDO ORDÓÑEZ, Alfredo, «La pericial médica en el procedimiento de incapacitación civil», en *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, p. 264.

diciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona», como ha tenido ocasión de recordar la STS 29 de abril de 2009¹² y siempre de cara a fijar la capacidad de autogobierno, eje alrededor del cual nuestra legislación hace girar la existencia y extensión de la incapacitación.

En relación a esto ha de tenerse presente, en primer lugar, la tendencia actual a que la aproximación clínica que efectúa el médico perito sea *funcional* y no *por diagnóstico* o *desenlace*. Aproximación funcional que ofrece una «visión más comprensiva de cómo pueden manejarse y se manejan las personas, sean presuntos incapaces o no» y que consiste en concretar cuál es el estado de las habilidades funcionales específicas del área objetada y en especial, de la vida independiente, de la gestión económica y el cuidado de la salud¹³.

Pero esta concepción flexible y adaptada a la realidad de la pericia no queda, digamos, *crystalizada* en el dictamen, pues éste, como todas las pruebas es objeto de la sana crítica por parte del

¹² En el caso que se sustancia en la sentencia se reconoce que «la resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí solo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en otros criterios accesorios tales como su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos para administrar sus bienes y negocios» (FJ 8.º).

¹³ Para una completa visión de estas cuestiones y de los modelos de evaluación forense –en concreto el de MCGARRY y el de GRISO– cfr. el trabajo de CALCEDO ORDÓÑEZ, *cit.*, pp. 227 y ss.

Si la causa que origina la limitación o ausencia de autogobierno es una enfermedad o trastorno mental, será habitual acudir al DSM-IV, clasificación elaborada por la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos; cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-IV); está en vías de preparación el DSM-V. La OMS recomienda el uso del CIE-10, que es la décima versión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud [ICD, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*].

Si la causa es una deficiencia psíquica o retraso mental, se recurre a los criterios tenidos en cuenta por la AAIDD (antigua AAMR), que define éste como «una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en conducta adaptativa, expresada en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina con anterioridad a los 18 años»; LUCKASSON, R. et al., *Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, 10.ª ed. (traducción de Luckasson, R. y cols. *Mental Retardation: Definition, Classification, and Systems of Supports*, Washington, 2002, 10th Edition). Esta décima edición sigue la línea iniciada en la novena (aparecida en 1992) que supuso un cambio de paradigma en la concepción del retraso mental, al considerarlo fruto no sólo de una circunstancia personal, sino también de la interacción con el entorno de la persona con condiciones concretas de limitación en dos o más áreas de habilidades adaptativas. De hecho, la capacidad adaptativa –manifestación del criterio funcional del que hablamos en el texto– se revela de especial importancia en los casos de retraso mental leve, en los que el solo coeficiente intelectual no es determinante de ningún tipo de incapacidad, sino que ha de ponerse en relación con estos aspectos funcionales del individuo: comunicación, cuidado personal, utilización de la comunidad, autogobierno, habilidades académicas, etc.; cfr. asimismo, DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, «Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, dir. por González Poveda, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 72 y 75.

juez (o el tribunal), lo que, como apunta Calcedo Ordóñez, hace que el enjuiciamiento adquiera connotación de discrecional, no siendo científico en su totalidad: «... por científicamente que se definan en el presunto incapaz las causas, déficit e incongruencias, nada nos dicen del sentido de justicia que anima una sociedad. Este sentido sólo puede ser revelado a través de las normas, esto es, de lo que se considera social y moralmente admisible dada la situación del presunto incapaz. De ahí que sea el/la juez o el tribunal quien resuelva esa situación mediante juicios de existencia o de realidad –no de valor– sobre si los hechos probados son concordantes con el marco jurídico de la incapacitación»¹⁴.

Y ahí es donde, como apuntaba al principio, el juez ha de actuar y decidir, y no sólo para determinar la existencia y extensión de la incapacitación, sino para la elección de la figura adecuada de guarda legal y la persona concreta que ha de asumirla.

2.1.2 El juez civil ha de valorar la capacidad en los pleitos en los que se cuestiona la validez del negocio jurídico por falta de aptitud para entenderlo y quererlo

El problema se suscita respecto a quienes sin estar incapacitados carecen de la aptitud mental suficiente para formar y exteriorizar su voluntad. Ellos no entran en el ámbito de prohibición del artículo 1263.2.º CC, que prohíbe contratar a los incapacitados, pero sin embargo, sus actos se pueden impugnar por ausencia o defecto del consentimiento.

En estos casos, la valoración de la capacidad no constituye –a diferencia de los procesos de modificación de la capacidad de obrar– el objeto *único* del proceso, puesto que el juez valora dos bloques de cuestiones: las condiciones de legalidad específicas del acto en sí, y como especialidad de ese concreto proceso, la «aptitud de entender y querer» el acto concreto realizado¹⁵.

Esto puede determinar algunas diferencias en la actuación judicial respecto a lo que acabamos de ver en el apartado anterior.

La primera viene dada por la ausencia de especialización, que sí se da en los Juzgados de incapacitaciones. Falta de especialización que ciertamente se compensa por el hecho de que la trascendencia de la decisión es menor en este caso: anulación de un negocio jurídico *versus* restricción, en principio estable aunque

¹⁴ CALCEDO ORDÓÑEZ, *op. cit.*, p. 260.

¹⁵ Expresión empleada por la RDGRN de 3 de marzo de 1989 [RJ 1989/2380], que podría equivaler a la de «discernimiento» frecuentemente empleada por nuestro Código civil.

modificable, de la capacidad de obrar con nombramiento de eventuales representantes legales.

Una segunda diferencia viene dada porque el juez no debe olvidarse de juzgar todas las condiciones de legalidad del negocio jurídico, sin dejarse mediatizar exclusivamente por la eventual ausencia de capacidad; calificación de condiciones de legalidad cuya concurrencia o no podría tener consecuencias distintas y adicionales a la anulación del acto, influyendo en la determinación de las indemnizaciones o provocando acaso la imposición de una sanción administrativa¹⁶.

Como última diferencia con la labor del juez en los procesos de modificación de la capacidad de obrar, cabe recordar que en el caso que nos ocupa ahora, el juez puede anular un acto o negocio jurídico por un trastorno mental transitorio, un estado de embriaguez o cualquier otra circunstancia de carácter no permanente, que no sería presupuesto de una incapacitación, pero que sí permite anular el acto realizado en esas condiciones.

Por otra parte, y a la hora de valorar dicha aptitud, la jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la *presunción de capacidad* de la persona. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente¹⁷. Son numerosos los casos resueltos por nuestros tribunales, que en la duda, o mejor dicho, ante la falta de una prueba cumplida sobre la incapacidad, mantienen la validez del acto jurídico en cuestión. La eventual incapacitación posterior no tiene efecto retroactivo, y en algunas ocasiones, de modo inicum, ni siquiera se tiene en cuenta como indicio de incapacidad¹⁸.

¹⁶ Es un problema similar al que se da en el enjuiciamiento penal de un delito realizado por una persona con un trastorno o anomalía psíquica, en el que como afirma QUINTERO OLIVARES, en el proceso contra un «loco» delincuente, se olvida en ocasiones enjuiciar el hecho, pues se centra exclusivamente en su locura, colocando al procesado en una situación de marginación, en la que se le niega la condición de ciudadano normal y con ella el derecho al enjuiciamiento completo, a cambio de un etiquetamiento y del sometimiento a una medidas de seguridad. Con ello, se omite analizar factores, como el miedo, el error, etc. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Locos y culpables*, Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 38 y 141.

¹⁷ La STS de 7 de octubre de 1982 [RJ 1982/5545] refundiendo sentencias anteriores (desde 1944) señala que, al aplicar las normas de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1.º toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti*; 2.º aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda.

¹⁸ El artículo 289 del proyecto de Código civil de 1851 declaraba nulos de pleno derecho los actos posteriores a la sentencia de incapacitación; respecto a los anteriores, disponía que podían ser anulados cuando la causa de incapacitación existía notoriamente

2.1.3 La apreciación judicial de la capacidad para efectuar actos personalísimos

Los llamados actos *personalísimos* pueden ser realizados por la persona con discapacidad, incluso aunque esté incapacitada judicialmente, sin que en principio pueda ser sustituido en ellos por su representante legal¹⁹.

Sólo se excluyen de forma absoluta del ámbito de actuación del incapacitado si lo señala expresamente la sentencia de incapacitación. Así, la sentencia puede excluir el derecho al sufragio (el art. 3.1 de la LO 5/1983 de Régimen Electoral General dispone que carecen de tal derecho «*los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho a sufragio*»); la testamentifacción activa (art. 665 CC), etc.

Si no es así, corresponde al juez en algunos casos, apreciar la concurrencia *ad casum* de la capacidad natural, es decir, de la aptitud para comprender la naturaleza del hecho y su trascendencia. Le corresponde esta función concretamente en lo relativo al matrimonio y reconocimiento de hijos extramatrimoniales. En otros casos, como el de la testamentifacción activa, la apreciación corresponde al notario autorizante del testamento quien debe recabar el dictamen vinculante de dos notarios que reconozcan al incapacitado y «*respondan de su capacidad*» (art. 665 CC).

El encargado del Registro civil tiene que apreciar la capacidad para contraer matrimonio

Dispone el artículo 56 CC que «*Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme*

en la época de su otorgamiento; cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. tomo I, Madrid, 1852, reimpresión al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 162. No fue éste el criterio acogido en Código civil de 1889 ni en sus reformas posteriores; del sistema que instaura se deriva que para anular los actos anteriores, se exige la demostración de la falta de capacidad en el acto del que se trate.

¹⁹ Esta categoría de actos, entre los que se suele citar el testamento, matrimonio, reconocimiento de hijos, etc. no tiene consagración legislativa como tal, y su autonomía es puesta en tela de juicio, entre otras, por la STC 312/2000. La idea de acto personalísimo va ligada más bien, y precisamente, a la idea de insustituibilidad en su ejercicio, y de hecho, la doctrina suele hacer mención de dicha categoría al hablar de la representación, como un límite a ésta. Así, al referirse a ciertos negocios jurídicos familiares (capitulaciones matrimoniales, emancipación, adopción, reconocimiento de hijo extramatrimonial), DELGADO ECHEVERRÍA los califica de actos personalísimos, y en consecuencia «sólo puede decidir el interesado tanto en la celebración como en el objeto (contenido de los capítulos) o determinación de la persona a la que se refiere el acto (emancipación, adopción o reconocimiento)»; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, I-3, Dykinson, Madrid, 2005, p. 276.

la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas se exigirá dictamen sobre su aptitud para prestar consentimiento.»

Aquí también se exige la capacidad de entender y querer ese acto. Capacidad que puede tener, como ha declarado la RDGRN 1 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9716], *v.gr.* un oligofrénico (en el caso eran dos) en grado leve. Se suele pedir, con buen criterio una edad mental equivalente a la de 14 años, edad a partir de la cual se puede dispensar el impedimento de edad (art. 48 CC). Si el dictamen es favorable, vincula al instructor del expediente. Y ello, como digo, aunque el contrayente haya sido judicialmente incapacitado, con tal de que tenga dicho grado de discernimiento, o hubiera prestado su consentimiento en intervalo lúcido (RDGRN 18 de marzo de 1994 [RJ 1994/2957]).

Un nuevo momento para calificar la aptitud psíquica con la que se consintió a la celebración del matrimonio, será el de la resolución de la demanda de nulidad de matrimonio alegando la falta de aquélla. En este sentido, la jurisprudencia, especialmente de los Tribunales canónicos ha ido acuñando criterios de decisión al respecto.

Reconocimiento de un hijo extramatrimonial

El artículo 121 CC condiciona la validez del reconocimiento efectuado por los «*incapaces*» a su aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta aprobación judicial como apunta García Cantero, «tiene por objeto comprobar la verosimilitud de la paternidad o maternidad reconocida, y el discernimiento y voluntariedad del acto, sin que el Juez tenga que profundizar en la realidad biológica ni solicitar otras pruebas»²⁰. En la aprobación el juez ha de calificar la capacidad psíquica, necesaria para reconocer, y física, necesaria para procrear²¹. Sin la aprobación judicial, el reconocimiento no vincula a su autor, careciendo de la irrevocabilidad de todo reconocimiento válido. La autorización ha de darse en el marco de un proceso de jurisdicción voluntaria para el que es competente el Juez encargado del Registro civil en el que se inscribe o está inscrito el nacimiento del reconocido (Instrucción DGRN de 30 de noviembre de 1989) y en el que debe ser oído, además del Ministerio fiscal, el que efectúa el reconocimiento.

²⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V-II 10.ª ed., Madrid, Reus, 1995, pp. 158 a 162.

²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Elcano, 2006, p. 263.

2.1.4 El juez civil a efectos de apreciar la imputabilidad civil

En el campo de la responsabilidad civil, si admitimos que la llamada *imputabilidad civil* es uno de los requisitos necesarios para que surja la obligación de indemnizar por el daño, el juez debe apreciar dicha imputabilidad. Imputabilidad civil que, en términos generales, se considera un requisito subjetivo que implica una determinada capacidad de entender y de querer, en definitiva, la capacidad de una persona para obrar voluntariamente²², lo cual supone libertad y entendimiento. Por ello se ha definido también como la «capacidad de comprender la injusticia de su acción y de obrar en consecuencia»²³, o en definitiva, de 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 previsto²⁴.

Ciertamente, se va, solamente, a apreciar la capacidad de una persona en un momento concreto –el de realización del acto dañoso– a los simples efectos de imponer una obligación sobre su patrimonio, de modo que si la responsabilidad civil es eminentemente compensatoria y se resuelve finalmente en un «pago», no es de extrañar que el estándar de capacidad sea menor que en el supuesto de la incapacitación; como lo importante es que la víctima cobre, basta con tener una mínima conciencia de los hechos para resultar obligado: es un estándar de mínimos, distinto de la búsqueda de la verdad material (y no formal) que se persigue con la incapacitación, donde hay que afinar en la medida de la capacidad, para, con arreglo a ella, graduar exactamente la limitación de la misma y el régimen de protección que la acompañe²⁵.

²² BORREL MACIÁ, Antonio, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1941. También se ha dicho que «La imputabilidad es el grado de desarrollo psíquico que se alcanza normalmente antes de la mayoría de edad y que constituye el presupuesto de capacidad indispensable para la imputación subjetiva (y no meramente material) de los propios actos»; en este sentido, LEÓN GONZÁLEZ, «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. VI, Euns, Pamplona, 1969, p. 303.

²³ SANTOS BRIZ, Jaime, «La culpa en Derecho civil. Ampliación actual del concepto», *RD*, 1967, p. 621.

²⁴ Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 229. En parecido sentido, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, p. 416.

²⁵ En el Proyecto de armonización europeo en Derecho de daños elaborado por el *European Group on Tort Law (Principles of European Tort Law)*, sin referirse expresamente a la imputabilidad civil, contempla la discapacidad (física y psíquica) como factor de atenuación o adaptación del estándar de conducta exigible: *Art. 4:102 (2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o*

2.1.5 El juez de lo penal

Como antes he apuntado, la valoración de la capacidad psíquica reviste una especial relevancia en el ámbito penal, en lo relativo a los criterios de medición y apreciación de la incidencia de la anomalía psíquica y su relación con la capacidad de culpabilidad en un sujeto determinado.

El Código penal español no define la imputabilidad, si bien su artículo 20 contiene tres eximentes (1.^a, 2.^a y 3.^a) que según la opinión unánime de la Ciencia penal española tienen la naturaleza de causas de inimputabilidad, porque excluyen la capacidad de culpabilidad²⁶.

Dos de las tres causas de exención que contempla el artículo 20 CP –20.1.º *anomalía o alteración psíquica*; 20.2.º *trastorno mental transitorio, señaladamente a causa de intoxicación por alcohol u otras drogas*–, hacen referencia a una patología de tipo psiquiátrico con la condición, en ambos casos, de que impida al autor del hecho «... comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión». Asimismo, la tercera –3.º *alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia*– hace referencia a un sujeto que por este motivo «*tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*», por lo que todas ellas operan sobre un mismo concepto global²⁷.

Respecto a los criterios de apreciación de la capacidad en este ámbito, se observa que el tenor del artículo 20.1.º CP responde a una fórmula mixta biológica-psicológica.

El presupuesto biológico es una «*anomalía o alteración psíquica*» permanente, fórmula mucho más flexible que la de «*enajenado*»

psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla. Sólo la discapacidad de tipo psíquico del autor del hecho dañoso es la que permite imponer una responsabilidad por hecho ajeno a su guardador: Art. 6:101. La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión. Versión española disponible en <http://www.egtl.org>.

²⁶ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Tomo III, Teoría jurídica del delito*/2, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 51 y ss.

²⁷ La diferencia entre la eximente del artículo 20.1 CP y la del 20.2 no radica en el pretendido carácter permanente de la primera frente al transitorio de la segunda, sino más bien en la etiología del trastorno pues, *stricto sensu*, el núm. 1 del artículo 20 CP se refiere a la afección psiquiátrica tanto permanente como transitoria, mientras que el artículo 20.2 CP se aplicaría a los casos de intoxicación plena por el consumo de sustancias o de síndrome de abstinencia; siempre, en ambos casos –20.1 y 20.2–, que no se dé la *actio libera in causa*, que excluiría la inimputabilidad del sujeto. La capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión» incide sobre las tres causas de inimputabilidad (arts. 20.1, 20.2 y 20.3 CP), si bien sólo se recoge de manera expresa en los dos primeros números del artículo 20 CP. Sobre estas cuestiones, cfr. MORA URRUELA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en Psiquiatría y Genética*, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia-Comares, 2004.

empleada por el Código penal de 1973, que comprende no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, sino también las oligofrenias. Según la opinión dominante, el retraso mental, únicamente constituye eximente completa cuando es profundo, mientras que el grave o moderado sólo da lugar a una eximente incompleta (art. 21.1.^a CP)²⁸. El retraso mental leve no se admite siquiera como atenuante, lo que no es sino una manifestación de la consideración como tierra de nadie de ese campo falto de regulación clara que es la inteligencia límite.

El presupuesto psicológico se refiere a la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Para que haya modificación de la responsabilidad penal es necesario que el sujeto responsable, a causa de la anomalía o alteración psíquica, bien no pueda comprender la ilicitud del hecho, bien actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso procederá aplicar la eximente completa, o bien le sea sumamente difícil aquella comprensión, supuesto en que procederá la eximente incompleta. No quiere decirse, *a sensu contrario*, que para ser considerado imputable sea necesario saber que el acto es contrario a una norma concreta, sino que basta con comprender que el acto realizado contraviene el ordenamiento jurídico, para lo cual, previamente, ha de tenerse conocimiento de su existencia y obligatoriedad, al menos en términos generales.

Las alteraciones en la percepción a las que se refiere el artículo 20.3.º CP —señaladamente, sordomudez y ceguera—, tienen relevancia en la medida que produzcan una incomunicación lo suficientemente profunda como para determinar una grave alteración de la conciencia de la realidad.

Para la apreciación de estas circunstancias, el juez valora la prueba pericial aportada ordinariamente por el forense adscrito al Juzgado, no especializado en Psiquiatría. Se puede, de oficio o a instancia de parte, designar a uno o varios especialistas en esta disciplina, pero la necesidad del correspondiente anticipo de los gastos, entre otras razones, no hace muy frecuente su participación en el proceso²⁹.

²⁸ CEREZO MIR, *op. cit.*, p. 64.

²⁹ En este sentido, ASIER URRUELA MORA afirma que «Lo procedente sería o bien que la Administración Pública dispusiera de un plantel de especialistas (funcionarios) en el ámbito psiquiátrico, a los que se pudiera acudir en el proceso penal, o bien que la propia Administración se hiciera cargo del coste de la pericia psiquiátrica cuando el tribunal encargase ésta a profesionales ajenos a la administración»; cfr. de dicho autor, su trabajo «Hacia un nuevo modelo de cooperación entre Derecho penal y Psiquiatría en el marco del enjuiciamiento de la inimputabilidad en virtud de la eximente de anomalía o alteración psíquica. Aspectos materiales y formales», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 86, 2005, p. 255.

Por lo demás, el ámbito penal no es ajeno –desde 1995– al concepto de *incapacidad*. De hecho, en muchos artículos del Código penal se hace referencia a los incapaces, personas *desvalidadas* (art. 639 CP), *discapacitadas* (art. 619 CP), etc. A diferencia de lo que sucede con la imputabilidad, el Código penal de 1995 sí que contiene una definición del «incapaz»: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma» (art. 25 CP).

Esta definición debe ponerse en relación con los tipos de la parte especial del Código penal en donde se contempla a este grupo social como víctimas o sujetos pasivos del ilícito penal, ya sea en aras a constituir tipos específicos o bien subtipos agravados de delitos base, en atención a la condición de «incapaz» del sujeto pasivo, o incluso para determinar la exclusión o condicionamiento de los efectos del consentimiento en las lesiones (arts. 155 y 156 CP).

El concepto de incapacidad del Código penal es más amplio y flexible que el de imputabilidad penal y se aplica con independencia de la incapacitación judicial. De hecho, son frecuentes las alusiones a la figura del «guardador de hecho» (arts. 118, 223 y ss. CP, DA 2.^a CP, etc.). Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos de inimputabilidad por las causas de los números 1 y 3 del artículo 20 CP «*el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad...*». Además de lo ya dicho, y en relación con determinadas infracciones perseguibles a instancia de parte, la incapacidad determina la posibilidad de que el Ministerio Fiscal remueva el obstáculo persecutorio mediante la oportuna denuncia (arts. 191, 201 y 296 CP).

2.1.6 El juez de lo social

La Jurisdicción de lo Social conoce de las impugnaciones contra las resoluciones administrativas sobre minusvalía, a las que me referiré enseguida. Siguiendo el enfoque sistemático del trabajo, no quiero dejar de citar ahora a esta Jurisdicción, puesto que realiza una importante labor de determinación judicial del grado de minusvalía, y en ese contexto enjuicia, de alguna forma, la capacidad de la persona o cuando menos, interpreta las normas jurídicas aplicables sobre la determinación de dicho grado de minusvalía.

Interesa resaltar que el proceso se presenta de forma muy distinta a los anteriores y no sólo por las características de la propia Jurisdicción o por el propio presupuesto y finalidad de la declara-

ción de minusvalía. Las diferencias vienen marcadas por la necesaria correlación entre lo resuelto en vía administrativa y en vía judicial, pues se trata de una actuación esencialmente revisora, y por el hecho de que es la Administración Pública la que ocupa en el proceso la posición de demandada.

Junto a estas especiales características se ha destacado que la determinación del grado de minusvalía es cuestión litigiosa usualmente ligada a otra institución –una invalidez no contributiva o un subsidio de desempleo– y que en todo caso, el juez de lo social al valorar la prueba médica aportada suele utilizar las argumentaciones propias de los juicios sobre la incapacidad permanente contributiva³⁰.

2.2 LA CALIFICACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD

Visto el papel del juez en la valoración de la discapacidad en diferentes ámbitos, nos referiremos al notario, como agente calificador de la capacidad.

El artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado (en redacción dada por Ley 24/2001) dice que «... el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado...», lo que se complementa con el artículo 156.8 del Reglamento Notarial, que señala como requisito de la comparecencia de la escritura «la afirmación, a juicio del notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera».

La aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante constituye una poderosa presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

Ahora bien, como señaló tempranamente el Tribunal Supremo –STS de 21 de marzo de 1952 [RJ 504/1952]– «la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que no lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice por signos perceptibles para el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos, suelen ser precisos los conocimientos propios del psiquiatra».

³⁰ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, pp. 782 y 783.

Por eso, la cuestión referente al estado mental del otorgante, tanto de actos *inter vivos* como *mortis causa*, tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde al Tribunal de instancia³¹; ni la declaración de los facultativos ni el juicio que formasen el Notario y los testigos del estado mental del otorgante, impiden que el Tribunal, por las pruebas suministradas, pueda declarar la incapacidad de aquél.

Hay no pocos ejemplos de apreciación en la instancia de incapacidad de alguno de los otorgantes, aun habiendo mediado la intervención notarial. Es evidente la dificultad que para el notario, en cuya formación no entran los conocimientos psiquiátricos o psicológicos, puede suponer la apreciación de la capacidad de las personas, especialmente –aunque no sólo– en las de edad avanzada. Cuenta para ello con su sentido común y su experiencia, que aplicará a comprobar si la persona es consciente de las consecuencias del otorgamiento de la escritura, siquiera sea en términos generales³². Dado que el consentimiento ostenta el indudable protagonismo en el negocio jurídico, parece que debe mantenerse esta labor notarial como modo de seguridad jurídica preventiva, que siempre puede ser corregida con posterioridad por los tribunales.

Esta labor calificadora del notario viene facilitada en los casos en que, de alguna forma, descarga su responsabilidad cuando la Ley exige que cuente con el dictamen preceptivo de facultativos; el ejemplo paradigmático es el artículo 665 CC referido a personas incapacitadas por sentencia que no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar. Fuera de esos casos, «el juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas...»³³, aunque puede solicitar dictámenes adicionales que no le exoneran, en su caso, de eventuales responsabilidades.

Por su especial relación con la discapacidad, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que es el notario quien aprecia la *capacidad de obrar suficiente*, que se exige para la designación en documento público de la persona que se desearía fuera tutor en

³¹ Lo que por cierto hace que el criterio de éste sea muy raramente modificable por dicha causa en casación, a donde sólo deberían llegar los casos muy evidentes de error en la apreciación de la prueba por la instancia.

³² Sólo ha de recabar dictamen favorable de dos facultativos en los contadísimos supuestos de personas incapacitadas por sentencia que no contenga pronunciamiento respecto a la capacidad de testar; en los demás casos puede solicitar dictámenes adicionales que no le exoneran, en su caso, de eventuales responsabilidades.

³³ Así lo afirma la STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399], que resuelve el litigio sobre la propiedad de la obra del pintor Benjamín Palencia, en la que habiendo comparecido en el testamento de su hermana (que no estaba incapacitada) tres médicos psiquiatras de la clínica donde estaba internada, habiendo emitido el notario un juicio positivo acerca de la capacidad, el Tribunal apreció la incapacidad de la testadora.

caso de incapacitación judicial, o cualquier otra disposición relativa a la persona y bienes, para este supuesto. Posibilidad ésta, como se sabe, introducida por la Ley 41/2003. Son muchas las interpretaciones que se dan este término, pero es bastante probable que se trate de capacidad natural para realizar el acto en cuestión. Por el contexto en el que esta medida se plantea, no será infrecuente que haya de calificarse la capacidad de quien se halla en los primeros estadios de una progresiva pérdida de aptitud psíquica.

2.3 LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CAPACIDAD

Las diferentes Administraciones Públicas –estatal y autonómicas– realizan un importante papel calificador de la capacidad.

2.3.1 La calificación de la «minusvalía»³⁴

Las Administraciones Públicas califican la «minusvalía» con aplicaciones numerosas y variadas, calificación que veremos, es, en parte, el centro del sistema.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) dispone en su artículo 7 que: «1. A los efectos de la presente ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. 2. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en la Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multidisciplinares calificadores».

Y es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, el que actualmente regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, establece los baremos aplicables y determina los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento³⁵.

³⁴ Recuérdese, como he indicado en nota 10, que el RD 1856/2009 ha eliminado esta terminología sustituyéndola por la de «discapacidad».

³⁵ Bien dependientes de los órganos gestores de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia y por los equipos de valoración y orientación de las direcciones territoriales del IMSERSO de Ceuta y Melilla.

La modificación terminológica citada en las notas 10 y 34, afecta también al título del Decreto que actualmente es: «Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad».

Este Decreto utilizaba la terminología de la Clasificación Internacional, vigente a la sazón, de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) aprobada por la OMS en 1980³⁶, si bien poco tiempo después –en mayo de 2001– se aprueba la nueva versión Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) que es la utilizada en la actualidad³⁷.

Los profesionales de los órganos técnicos de valoración realizan la evaluación de la discapacidad partiendo del Anexo I del Baremo, que a los efectos que nos interesan, contempla en el Anexo IA el retraso mental (capítulo 15) y la enfermedad mental (capítulo 16) como deficiencias psíquicas. Se ha de evaluar el efecto que las deficiencias –como dice la LISMI, previsiblemente permanentes– tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria (AVD) tanto de autocuidado, como de comunicación, sociales, etc. Según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad (o discapacidades) que origina pueden ser de clase I (del 0 por 100, que no producen discapacidad), de clase II (1-24 por 100, que origina discapacidad leve), de clase III (25-49 por 100, discapacidad moderada), de clase IV (50-70 por 100, discapacidad grave), de clase II (75 por 100 en adelante, discapacidad muy grave). En el Anexo IB se recogen los factores sociales complementarios relativos a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que han de valorarse junto con los anteriores en la medida que pueden impedir la adecuada integración de la persona con discapacidad.

El grado de minusvalía obtenido sumando las valoraciones realizadas según el Anexo IA y IB, se expresa en porcentaje, teniendo

³⁶ Siempre dentro de la «experiencia de la salud», para la CIDDM *deficiencia* (*impairment*) es «toda pérdida o anomalía –permanente o temporal– de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica»; esto es, la *exteriorización* directa de las consecuencias de la enfermedad que se manifiesta tanto en los órganos del cuerpo como en sus funciones, incluidas las psicológicas. Por su parte, *discapacidad* (*disability*) es una «limitación funcional, consecuencia de una deficiencia, que se manifiesta en la vida cotidiana, bien en el ámbito de la movilidad o desplazamiento, de relación o conducta y de comunicación», lo cual supone una *objetivación* de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características (edad, género...); *minusvalía* (*handicap*) es «la situación desventajosa en que se encuentra una persona determinada, como consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita, o impide, el cumplimiento de una función que es normal para esa persona, según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales», o dicho de otro modo, la *socialización* de la problemática causada en un sujeto por las consecuencias de una enfermedad, manifestada a través de la deficiencia y/o de la discapacidad, y que afecta al desempeño del rol social que le es propio; cfr. EGEA GARCÍA, Carlos y SARABIA SÁNCHEZ, Alicia, «Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad», *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, 2001, pp. 16 y 17. Cfr. también, de estos mismos autores, *Experiencias de aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Documentos 58-2001, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Real Patronato sobre discapacidad.

³⁷ Cfr. nota 10.

en cuenta que a los factores sociales complementarios se les conceden un máximo de quince puntos porcentuales, siempre y cuando la discapacidad haya supuesto veinticinco de estos puntos³⁸.

Desde 2004, en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía se hará constar como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda³⁹.

El grado de minusvalía así reconocido garantiza el acceso del ciudadano a los beneficios y recursos que los organismos públicos proporcionan, como la atención en centros especializados o ayudas técnicas; beneficios fiscales, prestaciones no contributivas, posibilidades de integración laboral en centros especiales de empleo, etc.

2.3.2 La calificación de la «dependencia»

La Ley 39/2006 recoge un listado de definiciones en su artículo 2, entre las que cabe destacar a nuestros efectos, la de «dependencia», como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad, la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra/otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

Como advierte Serrano García la discapacidad psíquica y la física generan dependencia. Y aunque la dependencia no necesariamente implica falta de autogobierno, ambas discapacidades, especialmente la psíquica –entendida en sentido amplio, incluso de las enfermedades mentales– pueden estar en la base de una incapacitación judicial. Y es que, la atención o ayuda que se precisa en estos casos, muchas veces, será jurídica. Precisamente los que padecen una enfermedad mental o una discapacidad intelectual

³⁸ El Anexo II contiene el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida; se considera que en todo caso se da dicha necesidad cuando se obtenga un mínimo de 15 puntos. El Anexo III recoge el baremo de las dificultades de movilidad.

³⁹ Así lo dispone el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), tras unas vacilaciones iniciales que la atribúan a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y por cierto, es en torno a las minusvalías, donde se ha producido una jurisprudencia más abundante en materia de discapacidad.

necesitan como apoyo, no una subvención o eliminación de una barrera, sino un «organismo de guarda y protección»⁴⁰.

No así la discapacidad sensorial (no mencionada en el artículo 200 CC) que, en ocasiones, ni siquiera genera dependencia, aunque sí en la mayoría de los casos.

La especificidad del concepto «dependencia» se manifiesta en la propia Ley 39/2006 cuando proclama en su artículo 4 como derechos de la persona en situación de dependencia los siguientes: «6. A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno... 9. Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales».

Sea como fuere, los objetivos de la Ley son específicos para la dependencia, y de hecho instauran una calificación y baremo propios (RD 504/2007, de 20 de abril, aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia), lo que no obsta a que en el propio baremo se aprueben las comúnmente conocidas «pasarellas», según veremos.

En lo que hace al objeto de valoración de capacidad, la atención se centra en la necesidad de concurso de tercera persona en el sentido contemplado en la Ley 39/2006, y no en otros aspectos de la discapacidad.

2.3.3 La calificación de la «(in)capacidad laboral»

El Estatuto de los Trabajadores, aunque prohíbe las discriminaciones por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales (art. 4.2.c) y contempla algunas especialidades en relación a los trabajadores «disminuidos» (arts. 11 y 20.3) no define ni la capacidad ni la incapacidad laboral, ni qué haya de entenderse en este ámbito por disminuido o minusválido.

Son las normas de la Seguridad Social las que recogen el concepto o conceptos de incapacidad e invalidez. La Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), cuyo artículo 136 dispone que:

«1. En la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que dismi-

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, p. 87.

nuyan o anulen su capacidad laboral... 2. En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen...».

Lo que se valora es la (in)capacidad laboral o capacidad para desempeñar el trabajo que se venía realizando. A diferencia de la incapacidad permanente, la calificación de la invalidez es ajena a la capacidad laboral de la persona.

Esta calificación de la incapacidad o invalidez en el ámbito laboral corresponde a las Direcciones Provinciales del INSS a través de los Equipos de Evaluación de Incapacidades (EVI)⁴¹.

Visto en líneas generales el papel que las Administraciones desempeñan en la calificación, y reiterando la imposibilidad en esta sede de una exposición exhaustiva, quiero aludir brevemente a otros posibles calificadores de la capacidad.

2.4 LA CALIFICACIÓN MÉDICA DE LA CAPACIDAD A EFECTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El médico, ya lleve acabo su tarea en una institución pública o privada, es *ex lege*, evaluador de la capacidad para prestar el consentimiento informado, entendido éste como conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Así, la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, en su artículo 9.3.a) referido a la admisión del consentimiento «por representación», dispone que es el «médico responsable de la asistencia» el que ha de apreciar si el paciente es o no capaz de tomar decisiones⁴².

Esta norma no se refiere a los incapacitados que ya tienen un representante legal, a los que va dedicado el siguiente apartado –b) *Cuando el paciente esté incapacitado legalmente*– y respecto a los cuales, la sentencia judicial puede que haya determinado si actos como la prestación del consentimiento entran o no dentro del campo de la representación.

⁴¹ En Cataluña las funciones de los EVI, las realiza el Instituto Catalán de Evaluación de Incapacidades y la Comisión de Evaluación de Incapacidades.

⁴² Art. 9.3: «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado psíquico o físico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.»

Si se trata de personas *incapacitadas* pero sometidas a curatela y por tanto a un régimen de asistencia y no de representación, el régimen aplicable no es el de la letra b), sino el de a) del artículo 9.3: es decir, será el criterio del médico responsable de la asistencia el que determine si el paciente es capaz o no de tomar decisiones, o si su estado físico o psíquico le permite o no hacerse cargo de su situación⁴³. De todas formas, y respecto a los curatelados, la cuestión toma otro cariz a la vista de la tendencia legal y judicial reciente a las curatelas de contenido personal, constituidas para asegurar el seguimiento de tratamientos médicos⁴⁴. Es bastante posible en este caso, que la opinión del curador deba tenerse en cuenta a estos efectos.

En los términos que acabamos de ver, la calificación de la capacidad ha de realizarla el médico no respecto de los *incapacitados*, sino de las personas que siendo capaces en circunstancias normales, no son en ese momento –por determinadas circunstancias que el médico ha de apreciar– capaces de entender y asimilar la información. Pero también han de entenderse incluidos los tradicionalmente llamados incapaces naturales, no incapacitados judicialmente. En este caso, y quizá con mayor motivo, el médico ha de apreciar si esa circunstancia, que aquí sería permanente, les impide prestar el consentimiento libre y voluntariamente informado⁴⁵.

La decisión del médico, en todos los supuestos del artículo 9.3 provocará que el paciente pueda prestar personalmente el consentimiento, o que, en su caso, éste sea otorgado por representación por las personas que el mismo artículo dispone. Los criterios que utilizará serán los proporcionados por su *lex artis* y los posibles protocolos que puedan existir.

Por su estrecha relación con el tema que nos ocupa, destaca un supuesto de valoración de la capacidad de decisión del paciente: el de su voluntariedad para un internamiento por razón de trastorno psíquico.

Recordemos que la LEC sujeta a autorización judicial este tipo de internamiento cuando la persona «no esté en condiciones de decidirlo por sí» (art. 763.1 LEC). Luego la Ley presupone que,

⁴³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre el paciente, información y documentación clínica)*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007 (2.ª ed.), p. 285.

⁴⁴ Especialmente representativo, el artículo 136.2 de la ya citada Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, que además de innovar la figura estableciendo que «La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado», añade que «También podrá limitar la curatela al ámbito personal».

⁴⁵ Sobre estas cuestiones, cfr. el análisis detallado de DOMÍNGUEZ LUELMO, en *op. cit.*, pp., 306 y ss.

aún tratándose de internamientos terapéuticos destinados al tratamiento de trastorno psíquico, puede haber supuestos en que el interesado esté en condiciones de decidir por sí dicho internamiento⁴⁶. Esto le dotaría en su caso de carácter voluntario, que excluiría la necesidad de autorización judicial. Esa voluntariedad se materializa, precisamente en una relación contractual entre el enfermo, el centro sanitario y los servicios profesionales que van a ocuparse de su cuidado. Se trata de un negocio jurídico complejo con elementos, entre otros, del contrato de hospedaje y del contrato de servicios⁴⁷.

Pues bien, es el médico del establecimiento donde se pretende realizar el ingreso, quien ha de determinar si el paciente *está en condiciones de decidirlo por sí*, y estándolo, que voluntariamente acepta el ingreso. En caso contrario, se necesita autorización judicial.

Parece evidente que se trata de un acto personalísimo y en consecuencia no cabe la representación para aceptar su carácter «voluntario»⁴⁸. Si el interesado no quiere o no puede decidir acerca de su ingreso, y los familiares —o quien proceda— lo ven necesario para el adecuado tratamiento terapéutico de su trastorno, deben solicitar la correspondiente autorización judicial.

⁴⁶ Duda de esta posibilidad Mariano ALONSO PÉREZ, en «La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*)», *Perfiles a la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, (MORENO MARTÍNEZ, Coord.), Dykinson, Madrid, 2000, p. 29: «O sea, es posible que el propio afectado por el trastorno mental pueda decidir sobre el internamiento. Supina incongruencia. Si se incapacita a la persona que sufre enfermedades que le impiden gobernarse por sí misma (art. 200 Código Civil) ¿Cómo es posible que quien no está en condiciones de regirse por sí mismo sea capaz de decidir sobre algo tan cardinal —bien positiva o negativamente— para la libertad y la salud psíquica del enfermo como el internamiento en un centro psiquiátrico?». La afirmación parece previa a la LEC 2000, dado que en ésta se manifiesta, de modo claro en mi opinión, la disociación de régimen jurídico del internamiento y de la incapacitación. También se disocia de la situación de dependencia, pues el artículo 4 de la Ley 39/2006 proclama, respecto a las personas en dicha situación, el derecho «7. A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.» Y por supuesto, si se diera la circunstancia de no poder decidir por sí, la Ley reconoce el derecho «8. Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.»

⁴⁷ MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, et al., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, p. 125.

⁴⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio y Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, Madrid, 1996. La falta, en su momento, de una regulación clara para estos internamientos provocó algunas irregularidades denunciadas por el Defensor del Pueblo en su informe de 1991. En dicho informe se constata que en la mayoría de los hospitales psiquiátricos constaba el consentimiento escrito; no así en la mayoría de internamientos en unidades psiquiátricas de hospitales generales. También se reflejan irregularidades como autorizaciones «voluntarias» firmadas por un familiar, lo que hace poner en seria sospecha dicho carácter. En este sentido, la Oficina del Defensor del Pueblo, considera necesaria la constancia documental del consentimiento otorgado por el enfermo, sin que tal requisito, en ningún momento, pueda presumirse.

La capacidad requerida para dar consentimiento válido es la denominada «capacidad natural», concebida como posesión de discernimiento suficiente para entender el significado, alcance y consecuencias de la decisión a adoptar, debiéndose examinar tal capacidad en cada uno de los supuestos concretos que se planteen.

2.5 LA «CALIFICACIÓN» DEL INTERESADO DE SU PROPIA CAPACIDAD

Me referiré por último al propio interesado, no tanto como calificador de su propia capacidad, cuanto de agente activo acerca de los criterios o estándares de «incapacidad» que actuarán supuesto de hecho para la entrada en vigor de los poderes preventivos.

A partir del año 2003, el Código civil español regula tanto los poderes con ultraactividad que continúan a pesar de la *incapacitación*, cuanto los poderes preventivos, que —obviando ahora la diferencia entre poder y mandato— son aquéllos dados «... para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por aquél».

Por eso, en cuanto al inicio de los efectos, y dado que se habla sólo de «incapacidad», es el eventualmente futuro incapaz (poderdante) el que tiene que fijar el grado de discapacidad concreto que hace que el poder comience a ser eficaz; fijación que puede confiar a la Administración pública, condicionándolo la obtención de un certificado de minusvalía del grado que se estime oportuno, que no tiene porqué ser el del 33 por 100 mínimo⁴⁹. También cabe encomendar su fijación a personas distintas del apoderado, a los que se puede encargar además la fiscalización de su actuación, o hacerla depender de uno o varios dictámenes médicos para fijar el inicio del mandato o solicitar, incluso, un dictamen médico para cada acto que tenga que realizar el apoderado⁵⁰. Y sea cual fuere la posibilidad escogida, acreditar convenientemente su concurrencia en aras a la seguridad jurídica. Aquí el notario puede jugar un decisivo papel en la labor de asesoramiento y seguridad preventiva, condicionando, en su caso, a la justificación fehaciente de los extremos anteriores, la entrega del documento público de apoderamiento.

Ciertamente, y en términos generales, la propia capacidad no puede determinarse al amparo de la autonomía de la voluntad, y en

⁴⁹ La nueva Disposición Adicional Cuarta del Código civil, introducida por el artículo 13 de la Ley 41/2003, permite deducir, en relación al artículo 2 de dicha Ley, que ese grado mínimo de minusvalía sólo se exige para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 756, 822 y 1041 CC.

⁵⁰ *Vid.* propuesta en este sentido de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, en *Incapacitación y Mandato*, La Ley, 2008, pp. 232 y 233.

ese sentido podría pensarse que el artículo 1732.2 se aplica sólo a los judicialmente incapacitados, sobre todo con base en la afirmación genérica de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003: «Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1732 del Código civil, con objeto de establecer que la incapacidad judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacidad».

Sin embargo, lo que el sistema sujeta a normas imperativas es la restricción (judicial) de la capacidad de obrar o la apreciación de la capacidad especial para determinados actos. Los términos del propio artículo 1732.2 CC son elocuentes —«... caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por aquél»— y la finalidad de la norma es, a lo que parece, permitir una institución para-tutelar, que por otra parte, siempre podría tener su fin si el interés de la persona con discapacidad así lo exige, al amparo del propio artículo en su último inciso: «En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor»⁵¹.

3. RELACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS CALIFICACIONES DE LA CAPACIDAD O DISCAPACIDAD DE LA PERSONA

En distintos momentos de su vida, y a diferentes efectos, la capacidad de la persona puede ser objeto de calificación, como acabamos de ver. Conviene ahora detenerse en las conexiones que pueden producirse entre estas variadas calificaciones.

3.1 APLICACIÓN MÚLTIPLE DE LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE MINUSVALÍA

La calificación administrativa del grado y tipo de minusvalía adquiere un papel protagonista en el panorama general de valoración de la capacidad. Esta calificación «... será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas» (art. 4.2 RD 1971/1999),

⁵¹ En esa línea, el artículo 95.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, al hablar de la delación hecha por uno mismo, incluye la posibilidad de «... otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación», designando órganos de fiscalización y las personas que los integran y sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.

en cuanto que los evaluadores de las minusvalías no estarán condicionados por otras valoraciones. Pero ello no quiere decir, que la declaración y valoración de la minusvalía carezca de utilidad en otros ámbitos. Es más, los dictámenes específicos que, con el común denominador del grado de minusvalía, emiten los órganos técnicos competentes son determinantes, v. gr., para ingresar en un centro, para la adecuación del puesto de trabajo o para la valoración de delitos violentos y contra la libertad sexual. Estos órganos prestan apoyo técnico a otras instituciones como Juzgados, Ministerio Fiscal, Ayuntamientos, INSS, MUFACE, ISFAS, Hacienda, procesos selectivos de empleo público, etc.⁵² Pero además, el propio Legislador establece equivalencias en el sistema que hace que dicha certificación se convierta, en cierto sentido, en el centro del sistema. Veamos ejemplos de lo dicho.

3.1.1 Incursión de la certificación de minusvalía en el ámbito civil a través de la Ley 41/2003

En el ámbito civil, la Ley 41/2003 establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: «a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, y b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. Grado que se habrá de acreditar mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme con independencia de que concurren o no las causas de incapacitación judicial y de que concurriendo, la persona haya sido o no judicialmente incapacitada».

El concepto central de «persona con discapacidad» depende de la certificación administrativa de minusvalía o de «resolución judicial firme». El significado, que en este contexto, ha de darse a esta última expresión ha de ser, a mi modo de ver, amplio.

Evidentemente se refiere a la sentencia que en la vía jurisdiccional social resuelva la reclamación contra una resolución administrativa sobre minusvalía, a la cual ya hemos hecho referencia.

Por el objeto del proceso, es claro que el contenido de dicha sentencia es independiente de la eventual incapacitación del sujeto. No está de más que el Legislador, sabiendo que estaba elaborando una norma de corte civil, lo haya aclarado.

La duda se plantea sobre si, además, a los efectos de ser considerado «persona con discapacidad» para el acceso a estos medios

⁵² SALAZAR MURILLO, Javier, «Reconocimiento legal de la discapacidad», en *Los derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial-Caja Madrid, Vol. I, Madrid, 2007, pp. 755 y ss.

de protección patrimonial, se puede entender que la «resolución judicial firme» se refiere también a la sentencia de incapacitación, aunque no haya resolución administrativa de minusvalía⁵³. Cuestión que, aún interesante, no deja de ser un poco teórica, puesto que si bien *ex* LEC 2000 no es obligatorio, es frecuente que se presente la certificación de minusvalía entre la documentación que se presenta en el proceso de incapacitación; valoración administrativa que no evita, como repetidamente hemos ido viendo, la realización de la prueba pericial médica preceptiva.

Me inclino por la concepción amplia. Ciertamente, la Ley 41/2003, cuando quiere referirse a la incapacitación judicial lo hace expresamente, y en concreto, la exige como presupuesto necesario para permitir el gravamen de la legítima a través de sustituciones fideicomisarias en beneficio de hijos o descendientes «judicialmente incapacitados» (arts. 782 y 808 CC). Como hemos ido viendo, la finalidad, presupuestos y características de la resolución administrativa que determina la minusvalía y de la sentencia de incapacitación son diferentes, pero presentan puntos comunes, que unidos a la finalidad de la Ley 41/2003 permiten mantener dicha interpretación.

Una primera diferencia parte de su origen: judicial de la incapacitación frente a administrativo de la minusvalía; y digo administrativo porque parto de que, a estos efectos, la sentencia firme de la jurisdicción social, al traer causa necesariamente de la resolución administrativa, no es sino la resolución administrativa confirmada o modificada. Ello, sin menoscabo, claro está, de la importante labor de valoración judicial de la capacidad.

En segundo lugar, la determinación de la minusvalía no influye ni restringe la capacidad de obrar, y en ese sentido, no determina ningún estado civil, y su reconocimiento se entiende producido desde la fecha de la solicitud (art. 10.2 RD 1971/1999) a diferencia de la sentencia de incapacitación, de la que mayoritariamente se afirma su carácter constitutivo e irretroactivo⁵⁴.

⁵³ Por todos, TORRES GARCÍA, Teodora F., «Discapacidad e incapacitación», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad* (Pérez de Vargas, coord.), La Ley-Universidad Juan Carlos I, Madrid, 2007, pp. 450 a 460, donde se expone el *status quaestionis* en la doctrina y con posterioridad, SERRANO GARCÍA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

⁵⁴ La regulación de la incapacitación efectuada por la LEC 2000 mantuvo, como advierte Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, una terminología claramente coherente con el concepto de sentencia constitutiva: «procesos de incapacitación» (arts. 222.4, 757, 759) «reintegración de la capacidad» (arts. 222-4, 761), «promover la incapacitación» (art. 757); cfr. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, I-2, 2004, pp. 149 y 150. Es también la posición del Tribunal Supremo, según Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, tras efectuar un análisis de la jurisprudencia recaída en materia de incapacitación; cfr. «La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo», *Aranzadi Civil*, núm. 4, mayo 2000, p. 24.

Además, la minusvalía *sensorial* igual o superior al 65 por 100, cuya determinación posibilita ser considerado «persona con discapacidad» a los efectos de la Ley 41/2003 no es presupuesto de la incapacitación, que sólo se refiere a enfermedades o deficiencias persistentes de carácter «físico o psíquico» (art. 199 CC).

Pese a estas diferencias, el hecho de que ciertas medidas *civiles* (constitución de un patrimonio protegido y lo dispuesto en los arts. 756.6.º, 822 y 1041 CC) sean aplicables sin pasar previamente por un proceso de incapacitación *civil*, sino solamente por un procedimiento administrativo, no significa que éste abduzca a aquél privándole de su valor.

Pero es que, sobre todo, la cuestión ha de resolverse a la luz de la interpretación teleológica de la Ley 41/2003 que no es otra que proporcionar instrumentos de protección patrimonial que no significan un menoscabo al erario público, sino que recaen sobre la propia persona con discapacidad o las personas de su entorno. Las medidas fiscales de protección, también contempladas en la Ley y que sí que podrían generar más recelos, por cuanto a la postre son soportadas por la sociedad en su conjunto, tienen su propio sistema de determinación subjetiva, al que enseguida haremos alusión.

Además, en relación con esto último y como argumento adicional, es la propia legislación fiscal (y la de Seguridad social) la que dispone, a sus propios efectos, que la sentencia de incapacitación equivale a un 65 por 100 de minusvalía. Si tal es el valor en esos ámbitos –como tendremos ocasión de ver más adelante– de *cualquier* sentencia judicial de incapacitación, no parece fuera de lugar entender que, precisamente con la sentencia, puedan entenderse cubiertos los mínimos de 33 por 100 de minusvalía psíquica o de 65 por 100 de minusvalía física, exigidos por la Ley 41/2003.

Aquel a quien el sistema judicial ha declarado ausente de capacidad de autogobierno o con limitaciones en dicha capacidad, y es objeto de restricciones en su capacidad de obrar y de sometimiento a un sistema de guarda legal, parece que, por este solo hecho, tiene todo el derecho al acceso a unas medidas de protección patrimonial que, como antes apuntaba, quedan en el ámbito de lo privado.

Y en realidad lo que se está valorando en una y otra instancia no es tan distinto, dado el enfoque funcional que hemos visto preside la labor del Juez de incapacitaciones y de los equipos técnicos de valoración de la minusvalía.

El que una persona con una minusvalía sensorial superior al 65 por 100 pueda optar a las medidas de la Ley 41/2003 y no ser, por ese solo hecho, incapacitada, no obsta, a mi modo de ver, a nada de lo dicho.

3.1.2 Conexión de la certificación de minusvalía con la declaración de incapacidad laboral

Son bien conocidos los problemas planteados en la relación entre la certificación de minusvalía y la declaración de incapacidad permanente de tipo contributivo.

La DA 3.^a del RD 357/1991, de 15 de marzo, que desarrollaba la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones no contributivas, establecía que «2. ... se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65 por 100 a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida».

El problema se planteó porque algunos tribunales consideraron que para acreditar la minusvalía del 65 o 75 por 100 necesaria para acceder a una prestación no contributiva, era innecesario aplicar los baremos reglamentarios vigentes a la sazón, bastando con valorar las dolencias que, en la modalidad contributiva, generarían el derecho a una incapacidad permanente absoluta para toda profesión y oficio, o en su caso una gran invalidez.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en la conocida STS (Sala de lo Social) de 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997/8924], afirmando que este Decreto no autoriza un sistema alternativo de valoración por los órganos judiciales, a tenor del cual éstos puedan optar por la calificación propia de la modalidad contributiva frente a la calificación por baremo, sino que es una regla excepcional para coordinar las valoraciones en las dos modalidades de protección.

La regla citada –aclara el Tribunal Supremo– establece una equivalencia particular para facilitar el acceso a prestaciones de invalidez no contributivas de quienes, habiendo solicitado las prestaciones de invalidez contributivas hubieran visto denegadas sus solicitudes por falta de alguno de los requisitos establecidos para su atribución (supuesto de hecho del primer párrafo de la DA 3.^a). Y no olvida que «el sistema de determinación del grado de minusvalía se realiza... mediante la aplicación de un baremo en el que son objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos y sensoriales del interesado como los factores sociales complementarios», circunstancias éstas que no hacen al caso en la calificación de la incapacidad laboral.

3.1.3 Certificación de minusvalía e incapacidad laboral a los efectos de igualdad de oportunidades

Una nueva equiparación de carácter más amplio, y sobre todo, de rango legal, es la efectuada por la Ley 51/2003, cuyo artículo 1.2 dice que «A los efectos de esta Ley (establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades) tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.»⁵⁵

Se equipara el concepto de *incapacidad laboral* al de *minusvalía*, pero como se ha encargado de remarcar numerosa –aunque no uniforme– jurisprudencia dicha equiparación es a los solos efectos de la Ley 51/2003. En este sentido, y como ha reafirmado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las SSTS de 24 de septiembre de 2008 [RJ 2008/7643] y 13 de noviembre de 2008 [RJ 2008/7664], con cita de las anteriores, la equiparación no es a todos los efectos previstos en la LISMI pues «aunque la Ley 51/2003 tiene como finalidad, como el propio enunciado de la norma indica, el establecimiento de medidas de acción positiva para conseguir la “igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, dicha norma no ha sustituido toda la normativa legal y reglamentaria de desarrollo de la legislación sobre integración de los minusválidos –Ley 13/1982 y Real Decreto 1971/1999– que sigue vigente a todos los demás efectos. Será, por tanto, esa normativa –en concreto, el baremo anexo al Real Decreto 1971/1999–, la que habrá de aplicarse para la declaración y valoración de la discapacidad a todos los efectos, salvo, en su caso, los incluidos en la presunción del artículo 1.2 de la Ley 51/2003».

⁵⁵ Este precepto legal es desarrollado por el RD 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se detalla y aclara la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003. Se completa con el RD 1.417/2006, que establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad y el RD 366/2007, de 16 de marzo, que establece las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado (cfr. DF 2.ª del RD 1414/2006).

Es doctrina reiterada –y consagrada por esta sentencia de unificación de la doctrina– la que niega la pretensión de que se reconozca el grado de minusvalía del 33 por 100 una persona a la que se ha declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, pues ello carece de fundamento legal, pugna con la configuración del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, y consagraría situaciones de desigualdad carentes de justificación objetiva, al posibilitar que personas con un pequeño grado de minusvalía, pero que hubiesen sido declaradas en situación de incapacidad permanente total, con derecho a una pensión vitalicia, pudiesen beneficiarse de los derechos y de los servicios establecidos a favor de las personas que realmente acreditan el 33 por 100⁵⁶.

Ciertamente, la previsión de la Ley 51/2003 no implica que los órganos administrativos a quienes compete el reconocimiento del grado de minusvalía, queden obligados a otorgar al menos un 33 por 100 a aquellas personas que tengan reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una incapacidad permanente total. Y ello, por cuanto el reconocimiento del grado de minusvalía se rige por sus propias normas en las que no se establece equiparación alguna entre una y otra situación, tal y como se deduce del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, y la Orden Ministerial de 2 de noviembre de 2000, anteriores a la Ley 51/2003 y que, a estos efectos, no han sido modificados ni pueden entenderse contrarios a dicha regulación posterior.

El problema se ha planteado con las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por sentencia judicial pero con una minusvalía reconocida inferior al 33 por 100. Estas personas, máxime en la coyuntura

⁵⁶ En cuanto a la acreditación de la minusvalía a estos efectos, parece que no cabe exigir la emisión de un certificado, documento o resolución judicial en que se reconozca la equiparación entre la situación de incapacidad permanente total y la de minusvalía del 33 por 100 a los efectos de la Ley 51/2003. La equiparación ya opera *ex lege*, por efecto directo de la aplicación de la Ley, que hace equivaler dos situaciones jurídicas distintas a fin de que los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y pensionistas de incapacidad de clases pasivas puedan obtener los mismos beneficios que las personas que tengan reconocida un 33 por 100 de minusvalía; aunque a los primeros les corresponda un grado menor de minusvalía. La resolución judicial o administrativa por la que se reconociera al trabajador en situación de incapacidad permanente (siempre que no hayan existido revisiones o variaciones que la hayan dejado sin efecto) constituiría el fundamento para aplicar lo establecido en esta Ley 51/2003 en cuanto a la equiparación a los minusválidos en determinados aspectos.

En contra de esta opinión, ha habido pronunciamientos como la STSJ País Vasco de 14 de junio de 2005 (Sala de lo Social) en el sentido de que la asimilación legal no parece eximir al interesado de tener que solicitar la declaración de minusvalía, si bien el órgano competente para ésta, comprobada la resolución administrativa o sentencia que reconozcan la pensión, ha de otorgar la minusvalía del 33 por 100 sin necesidad de previa valoración. Ello no obsta al derecho del incapacitado total para el trabajo de solicitar la calificación precisa del grado de minusvalía a los efectos de la aplicación del baremo correspondiente.

actual, encuentran graves dificultades para poder acceder al mercado de trabajo en algún puesto acorde con sus limitaciones.

Tras algunas vacilaciones iniciales, se entendió que por efecto directo de la Ley 51/2003, podían acceder a los beneficios que la legislación laboral reconoce a los minusválidos con más de un 33 por 100 de minusvalía y, en particular, a los programas de fomento de empleo establecidos para las personas con discapacidad, así como a un empleo en un Centro Especial de Empleo; y ello, sin necesidad de que se les declare un 33 por 100 de minusvalía, ni de que exista una resolución administrativa o judicial que declare tal equiparación, ya que ésta se produce por efecto directo de la Ley. Todo ello, sin perjuicio de que el equipo multiprofesional correspondiente deba emitir el oportuno informe de aptitud de puesto de trabajo para determinar el grado de capacidad de trabajo del pensionista o, en su caso, sea preciso reunir otras condiciones específicas exigidas en los distintos programas de empleo de discapacitados⁵⁷. La equivalencia, a los efectos de contratación en Centros Especiales de Empleo, ha sido finalmente recogida de forma expresa en el artículo 2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo: «Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o la específicamente establecida en cada caso. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

3.1.4 Minusvalía, incapacidad laboral e incapacitación judicial en el ámbito fiscal

La Ley 35/2006 LIRPF –coetánea, si bien un poco anterior a la propia Ley de dependencia– dispone en el artículo 60.3 regulador del *Mínimo por discapacidad*⁵⁸ que: «3. A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.

⁵⁷ En esta línea y muy ilustrativa al respecto, la respuesta del Justicia de Aragón [DI-273/2006-1; 8 de junio de 2006] a numerosas peticiones, consultas y quejas, sobre este particular; cfr. http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002261_200600273.pdf.

⁵⁸ Modificado con vigencia exclusiva para el ejercicio 2009 por el artículo 66.4 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.

En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado».

Párrafos atrás he mantenido la equiparación de la incapacitación judicial a la certificación de minusvalía a efectos del recurso a los instrumentos privados de la Ley 41/2003.

La equiparación que opera este artículo 60.3 *in fine*, pese a tener antecedentes en Derecho positivo⁵⁹, no ha parecido muy justificable, puesto que no todos los incapacitados judicialmente, aunque de un modo u otro no puedan gobernarse por sí mismos y por ello estén incapacitados, alcanzarían materialmente la calificación del 65 por 100 reservada a personas con una discapacidad severa. Los beneficios fiscales reconocidos a éstos por las graves limitaciones que encuentran en su vivir diario, parece que no deberían extenderse injustificadamente.

Sin embargo, esta equiparación, lejos de eliminarse, aparece consagrada con carácter general por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, cuya Disposición adicional novena establece que «A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces». Del precepto destaca su amplitud, así como la utilización de la terminología discapacidad, abandonando la de minusvalía, en aplicación del mandato de la Ley 39/2006.

3.1.5 Interrelaciones de la baremación de la dependencia

El RD 504/2007, de 20 de abril, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, desarrollando lo dispuesto en la DA 9.^a de la Ley de dependencia, declara en su DA 1.^a la efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de 1) gran invalidez laboral y 2) necesidades de concurso de otra persona (que se regulaban también en el RD 1971/1999).

⁵⁹ Esta equiparación o «pasarela» ya aparecía en otros sectores del ordenamiento como el RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

A su vez, la baremación de la dependencia sirve fundamentalmente para su propia finalidad, pero como señala la DA 2.^a de este Decreto, «La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración Pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona».

No hay equivalencias legales, en contraste con lo anteriormente expuesto, ni a la certificación de minusvalía ni a la sentencia judicial de incapacitación.

Con independencia del establecimiento legal de equivalencias, y como muestra de estas interrelaciones legislativas, es previsible que la puesta en marcha de la Ley 39/2006 actúe como incentivo para instar incapacitaciones, al posibilitar una legitimación activa clara a quien se considere representante legal. En efecto, la Ley sólo contempla al propio interesado —«persona que pueda estar afectado por algún grado de dependencia»— o a quien «ostente su representación», como posibles iniciadores del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema (art. 28.1). Ciertamente se habla sólo de «representación», para acoger tanto la legal como la voluntaria, pero cabe forzar el concepto para incluir la representación que, de alguna forma, tiene el guardador de hecho. Ésta es la línea que de momento están siguiendo los formularios de solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, otorgando legitimación activa al guardador de hecho, siempre que actúe «bajo su responsabilidad»⁶⁰.

A su vez, y como ejemplo de interacción de las normas, el hecho de que en el diseño del sistema de copago no se tengan en cuenta los posibles patrimonios protegidos, hace que las buenas intenciones de la Ley 39/2006 no hayan neutralizado las de la Ley 41/2003. Qué duda cabe que la solución contraria hubiera sido el golpe de muerte para un recurso hasta ahora no suficientemente utilizado.

3.2 EL VALOR DE LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN FUERA DEL DERECHO CIVIL

Acabamos de ver la proyección que las calificaciones administrativas de minusvalía, incapacidad laboral y dependencia tienen en

⁶⁰ Se contempla al guardador de hecho en la solicitud prevista en <http://www.seg-social.es/imserso/dependencia/solisaadceml.pdf> y el modelo de declaración en <http://www.seg-social.es/imserso/dependencia/guardadorsaadceml.pdf>.

distintos sectores, no sólo del Derecho público, sino del Derecho privado y señaladamente del Derecho civil.

Procede preguntarse ahora si, en dirección opuesta, la sentencia de incapacitación tiene alguna utilidad en el ámbito del Derecho público, entendido en sentido amplio.

A efectos fiscales y de Seguridad social, acabamos de ver que equivale a la calificación de minusvalía (o discapacidad) en un grado del 65 por 100.

Según la opinión mantenida *supra*, «la resolución judicial firme» a la que se refiere el artículo 2.3 de la Ley 41/2003, puede entenderse inclusiva de la sentencia de incapacitación, para entender que el incapacitado judicialmente es «persona con discapacidad», eso sí «a efectos de esta Ley».

Al margen de la valoración, el juez que incapacita se puede pronunciar sobre un derecho público eminentemente público como es el derecho de sufragio, como hemos visto anteriormente.

No tiene, sin embargo, relevancia para la apreciación de la responsabilidad penal, pues como ha dicho en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, la circunstancia de que el responsable penal haya sido incapacitado civilmente por sentencia no determina ni condiciona la apreciación de eximentes o circunstancias modificativas que limiten su responsabilidad por anomalía o alteración psíquica (STS, Sala 2.^a, de 7 de abril de 2005, entre otras).

4. EN TORNO A LA FORMULACIÓN DE UN ESTATUTO

La descripción del régimen normativo y de las interrelaciones que en él se detectan, pone de manifiesto que, de una parte, el peso de la certificación de minusvalía hace que si no todo el sistema de valoración de la (dis)capacidad, sí una decisiva parte, acabe dependiendo de una disposición reglamentaria, como es el RD 1971/1999. La calificación administrativa de minusvalía se convierte en centro de gravedad porque es el punto de conexión en muchos casos; tanto es así que incluso penetra en el ámbito privado mediante el concepto de persona con discapacidad utilizado por la Ley 41/2003. Pero de otra parte, y especialmente a partir de 2007, la declaración judicial de incapacitación va adquiriendo un peso específico creciente, al ser equiparada en una importante medida a la de minusvalía (discapacidad) grave.

Cabe observar también que en todos los casos, la valoración de la capacidad no se hace aisladamente, a la luz de la enfermedad o deficiencia, sino siempre en la medida que ésta influya en el gobier-

no de sí mismo (incapacitación), en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión (imputabilidad penal y civil), en la apreciación de la entidad del hecho a autorizar y sus consecuencias (juicio sobre la validez del acto por defecto de capacidad, autorización del documento público notarial, o de la intervención médica), en el efecto que las deficiencias tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria (minusvalía), o en su capacidad para el desempeño de su profesión habitual o para cualquier tipo de trabajo (incapacidad laboral, según los tipos), o en la medida que les hagan depender de apoyos de terceros y de cara precisamente a diseñar de modo ajustado dicho plan de apoyo (dependencia).

El modo y forma en que se realiza tal valoración depende de muchos factores, pero en gran medida, de las consecuencias que de la misma se deriven. En muchos de los casos, hemos visto que, a enfermedad o deficiencia permanente o previsiblemente permanente, corresponden respuestas que tienen ese mismo carácter (incapacitación, dependencia, minusvalía). En otras ocasiones, se valoran además, situaciones transitorias o puntuales, dando relevancia jurídica, v.gr. a circunstancias transitorias de pérdida de conciencia; la respuesta es, cierto sentido también puntual (anulación del acto, autorización de determinada intervención), si bien, por supuesto, puede desplegar sus efectos en el tiempo (claros en una intervención médica y más aún en una sentencia penal que determine medidas de seguridad en lugar de una pena de prisión ordinaria, por ejemplo).

En conexión con esto, la labor de algunos de los operadores jurídicos a los que hemos aludido es de construcción de un régimen: el del *traje a medida* que ha de constituir la incapacitación acompañado de la guarda estable que se le asigne⁶¹, el plan individualizado de actuación en el ámbito de la dependencia, etc.

En esta labor *constructiva* en el ámbito de la Administración, y en concreto a estos efectos, los encargados de la valoración son equipos expertos y generalmente con un grado de implicación personal encomiable. Lo mismo puede decirse, en cuanto al compromiso personal, de muchos de los jueces civiles encargados de los procesos de modificación de la capacidad de obrar, a lo que hay que añadir que cada vez son más los Juzgados especializados en estos procesos, pero la diferencia es que siguen sin disponer de

⁶¹ La expresión aparece en la citada STS de 29 de abril de 2009, si bien, como se verá en futuros comentarios a esta importantísima sentencia, con una diferente concepción de su significado por parte del Ministerio Fiscal y por parte de la Sala I.^a

todos los medios humanos y técnicos que serían óptimos para esta importantísima labor.

Al margen de este concreto proceso, jueces, notarios, e incluso médicos, han de valorar, como hemos ido viendo, la capacidad en ámbitos de suma importancia, sin estos equipos especializados de apoyo. La respuesta fácil pasa por culpar a la escasez presupuestaria. Pero mientras la situación económica no cambie –y en el momento en que estas líneas son escritas no parece que vaya a hacerlo a corto plazo– quizá la vía adecuada sería la de optimización de recursos, a través de la implementación de cauces unificados; en concreto, sería deseable estudiar y trabajar en el dictamen pericial único polivalente. Una calificación en la que intervinieran diferentes profesionales, susceptible de ser alegada en las diferentes instancias y a distintos efectos. Si la persona es una, sus circunstancias, por variadas que sean, tienen un único centro de imputación: la persona individualizada. Si sobre esta base de unidad del sujeto, se caminara hacia un dictamen único polivalente –evidentemente, revisable periódicamente– se economizarían recursos económicos y humanos, y sobre todo, y principalmente, se ahorraría a la persona con discapacidad y a sus familiares gran parte del coste personal que supone el sometimiento a todos los procedimientos previstos.

La cuestión con la que se iniciaban estas líneas, la necesidad de diseño de un estatuto de la persona con discapacidad, es causa y consecuencia de lo que acabo de decir. En la medida en la que se unifiquen y coordinen los procedimientos, el diseño de este estatuto, al servicio de la persona será más fácil y productivo.

Los cimientos de este estatuto ya están puestos con la Convención de Naciones Unidas, y puede que no sea necesario diseñar o formular una norma específica (paralela a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), tanto por la posibilidad de aplicación directa de aquélla, cuanto por el deseo de exclusión de todo atisbo de segregación. Pero la opción por la no formulación expresa de dicho estatuto no disculpa al Legislador de la tarea de construcción de un estatuto real, *de facto*, que no es otro que el que viene dado por una normativa clara y coherente. Y en esta labor, la unificación, coordinación, y en la medida de lo posible, la reducción de procedimientos de valoración de la capacidad, constituyen tareas ineludibles.

La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española*

REGINA GAYA SICILIA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Esta comunicación pretende destacar cómo y a través de qué vías el Código civil de Luisiana influyó decisivamente en el proceso de la codificación civil española. Con ello invierte los términos en los que se ha venido planteando la relación entre ambos cuerpos legales, siempre estudiada desde el influjo que la legislación española pudo ejercer sobre el primer Código civil americano. Con la finalidad señalada se ofrece una visión general del Proyecto de Código civil español de 1851 y se presenta a su autor, don Florencio García Goyena, cuya obra Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español visibiliza y concreta el influjo que el Código de Luisiana de 1825 tuvo en el español de 1889 a través del Proyecto de 1851. Se destaca también la directa influencia que el Código civil de Luisiana tuvo en el Código español de 1889 por medio del Anteproyecto de 1888, tributario, a su vez, del mencionado Proyecto.

PALABRAS CLAVE

Código civil de Luisiana de 1825, Proyecto de Código civil español de 1851, Florencio García Goyena, Anteproyecto de Código civil español de 1888.

ABSTRACT

This paper aims to set forth how and in what ways Louisiana's Civil Code had a decisive impact on the process forming Spain's Civil Code. In this way, it takes an opposite approach to that which has been undertaken to date regarding the relationship between the two legal systems, heretofore studied examining the impact which Spanish legislation may have had on the

* Este trabajo fue presentado como comunicación en el *International Colloquium celebrating the Bicentennial of the Louisiana Civil Code 1808-2008* organizado por el Eason-Weinmann Center of Comparative Law y Tulane Law School (Tulane University) del 19 al 22 de noviembre de 2008 en Nueva Orleans (Luisiana).

first American civil code. To this end an overview is provided of the Bill for the Spanish Civil Code of 1851, and its author is presented, Mr. Florencio García Goyena, whose work Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español apprehends and establishes the impact which the Louisiana Civil Code of 1825 had on the Spanish Code of 1889 through the Bill of 1851. Also examined is the direct influence which the Louisiana Civil Code had on the Spanish Code of 1889 via the Draft Bill of 1888, which was, in turn, an offshoot of the aforementioned 1851 Bill.

KEYWORDS

Louisiana Civil Code of 1825, Spanish Civil Code Bill of 1851, Spanish Civil Code Draft Bill of 1888.

SUMARIO: I. *Florencio García Goyena: Jurista y político.*—II. *El Proyecto de Código civil español de 1851.*—III. *Las «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español» de García Goyena.*—IV. *El Código civil de Luisiana y su influencia en el Código civil español.*—V. *Una consideración final.*

Mucho se ha ocupado la doctrina norteamericana de las influencias que afectaron en sus orígenes al Código civil de Luisiana. En realidad, el debate protagonizado por los Profesores Pascal y Batiza a lo largo de casi una década sigue aún abierto. Pascal propugnó con sólida argumentación la prevalencia de la influencia española (derivada de la pertenencia de la Luisiana a la corona de España durante cuarenta años). Batiza, por el contrario, mantuvo la tesis de la preponderancia del influjo francés.

Pero, con excepción del Profesor Herman en un trabajo de 1981 y el reciente estudio —en 2008— del Profesor Parise, ningún jurista o historiador americano ha explorado la relación entre la legislación civil española y el Código civil de Luisiana en sentido inverso. Es decir, verificando si el legislador español tuvo en cuenta el Código de Luisiana —y si en algún aspecto, le sirvió de modelo o de inspiración— al tiempo de nuestra codificación civil.

Los trabajos de Royo Martínez y Castán Vázquez, las obras de Peña Bernaldo de Quirós y Lacruz Berdejo más las investigaciones de Repáraz Padrós —desafortunadamente no publicadas en su totalidad— permiten, desde el lado español, explicitar el ámbito y la penetración de la influencia del Código civil de Luisiana de 1825 en el Código civil español de 1889, fundamentalmente a través del Proyecto de Código civil de 1851.

Con esos antecedentes, esta comunicación pretende contextualizar y precisar la influencia señalada deteniéndose para ello en cuatro aspectos: (I) Presenta al ilustre jurista e impulsor del Proyecto de 1851, don Florencio García Goyena, enmarcándolo en su circunstancia histórica; (II) ofrece una caracterización general del Proyecto de 1851 resaltando las causas de su fracaso y las matizaciones que a éstas ha hecho la doctrina española; (III) sitúa las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, obra cumbre de García Goyena y factor decisivo a la hora de verificar el influjo del Código de Luisiana en el Proyecto español; finalmente, (IV) destaca la directa influencia que el Código civil de Luisiana de 1825 tuvo en el Código civil español de 1889 no solo a través del Proyecto de 1851 sino por medio del *Anteproyecto* de 1888. Cierra el trabajo una breve consideración conclusiva (V).

I. FLORENCIO GARCÍA GOYENA: JURISTA Y POLÍTICO¹

Florencio Francisco García Ororbía nace en Tafalla (Navarra) el 27 de octubre de 1783. Son los consignados sus apellidos correctos pues, según su partida de bautismo, sus padres fueron Francisco García Goyena y Sebastiana de Ororbía Larrañeta. Así, García Goyena son los apellidos de su padre. Si los utilizó de manera habitual fue seguramente en agradecimiento a su tío paterno, José, benefactor de la familia, gracias al cual pudo cursar sus estudios.

Su etapa escolar discurrió en Zaragoza. En 1802 comienza sus estudios de Leyes en la Universidad de Valladolid, terminándolos en 1805. No hay datos sobre sus actividades inmediatamente posteriores. Lo más probable es que volviera a Tafalla donde le sorprenderían la ocupación francesa y la guerra de la Independencia que en Navarra, por su situación fronteriza, se vivieron con particular intensidad.

Tiene veinticinco años al comienzo de la guerra (1808) y treinta cuando las Cortes reunidas en Cádiz aprueban la primera Constitución española (1812). Estos datos permiten incluirlo entre los que

¹ Son varias las reseñas sobre la vida de García Goyena que pueden consultarse. Sigo en este epígrafe el trabajo, documentadísimo y difícil de superar, de María REPÁRAZ PADRÓS, «García Goyena: Biografía de un jurista liberal (Una aportación al estudio de la codificación civil española)» en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXVI (1996) pp. 689-829. Los dos trabajos de Repáraz Padrós que aquí se citan corresponden a sendos capítulos de su tesis doctoral «García Goyena y el Proyecto de Código Civil de 1851». La tesis, dirigida por el Profesor Dr. Luis Arechederra Aranzadi, Catedrático de Derecho Civil, fue defendida en junio de 1995 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra donde recibió el Premio Extraordinario de Doctorado.

se llamarán «doceañistas», es decir, los liberales que vivieron la proclamación de la Constitución de 1812.

El regreso a España, tras la guerra, del rey Fernando VII supone una vuelta al régimen absolutista anterior a 1808 pues el 4 de mayo de 1814, Fernando firma un decreto por el que declara nulas y sin efecto la Constitución y las medidas tomadas hasta entonces. Ello supuso la recuperación para Navarra de sus instituciones políticas propias –Navarra había pasado de reino a provincia como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1812– y es en este contexto en el que hay que situar el primer cargo político de García Goyena quien, el 2 de mayo de 1816, es nombrado Síndico Consultor de las Cortes y Diputación del reino de Navarra. Su cometido fundamental como Síndico consistía –son palabras del propio García Goyena– en «ayudar a las Cortes y Diputación en todo asunto grave incluso aún en los proyectos de Ley y resistir a nombre del Reyno el cumplimiento de toda Real Orden contraria a su constitución o sus leyes»².

Poco tiempo después, en julio de 1816, es enviado a Madrid como Síndico comisionado. Allí permanecerá hasta 1820. Su labor como Síndico en la capital le obligó a establecer contactos, no sólo con los representantes navarros en Madrid, sino con la élite política, jurídica y económica de la época y, más concretamente, con los políticos liberales que pocos años después se harían con el poder.

A raíz del alzamiento de Riego y Quiroga, en enero de 1820, es proclamada de nuevo la Constitución de 1812. Comienza el llamado «trienio constitucional», lleno para Navarra de consecuencias –pasa, inversamente, de reino a la condición de provincia– que afectarán a sus Síndicos. En efecto, la Diputación navarra los destituye por considerar injustificadas sus atribuciones en el nuevo régimen. En esa situación recibe García Goyena el nombramiento –al que no es ajena su adhesión al sistema nacido en las Cortes de Cádiz– de jefe político superior interino de la provincia de León. Acaba de comenzar su carrera política que se mantendrá en tanto dure el régimen constitucional. Como él mismo señala: «Gefe político desde el 24 de octubre de 1820 hasta la invasión estrangera y capitulación del General Ballesteros»³.

² Las Cortes eran las del Reino de Navarra y la Diputación venía a ser la «Comisión Permanente» de las Cortes. Durante los períodos en que las Cortes no estaban reunidas, la Diputación era la encargada de ejecutar sus acuerdos y de velar por la defensa de los fueros. En esto consistía la tarea fundamental de los Síndicos, obligados a denunciar y oponerse a las Reales Órdenes que no respetasen el Derecho peculiar de Navarra.

³ Expediente personal de García Goyena, Archivo Central del Ministerio de Justicia, expediente n.º 3070, carta de García Goyena fechada el 5 de enero de 1825. REPÁRAZ PADROS, *o. c.*, p. 706.

En los años de León –no exentos de dificultades e incidentes– comienzan a ponerse de manifiesto las actitudes que, como liberal moderado, impregnarán toda su carrera política: la salvaguarda del orden público, el respeto a la legalidad y al Gobierno establecidos y la defensa de la figura del rey.

Su segundo destino como jefe político le lleva a Zaragoza⁴ en una situación general cada vez más difícil y tensa⁵. Su cometido en la ciudad aragonesa terminará en 1823 al ser destituido por la Junta Provincial de Gobierno de Oyarzun que, el 7 de abril de ese año, entra en España con el Duque de Angulema y los «cien mil hijos de San Luis» para restablecer el absolutismo⁶.

Se inicia entonces la «década absolutista» caracterizada, entre otros aspectos, por la represión que sufrieron los liberales. Los autores españoles afirman con unanimidad que aquellos diez años –de 1823 a 1833– fueron los del exilio en Francia de García Goyena⁷. Esta circunstancia –dicen– explicaría su conocimiento del Código civil francés que tanta influencia habría de tener en el proyecto de Código civil español de 1851. La exhaustiva investigación de Repáraz Padrós ha demostrado, sin embargo, que si bien García Goyena fue apartado de todo cargo público y perseguido, no estuvo exiliado en Francia durante los diez años de represión liberal: «García Goyena fue perseguido y “desterrado”, pero dentro de España

⁴ Había recibido anteriormente los nombramientos de jefe político de Granada y Salamanca. No parece que llegara a tomar posesión de esos cargos.

⁵ Sin entrar en detalles, baste decir aquí que las tensiones provenían de los enfrentamientos crecientes entre absolutistas y liberales.

⁶ En 1812 el Congreso de Verona había decidido restaurar el poder absoluto de Fernando VII y al comenzar el año siguiente Luis XVIII de Francia había anunciado que «cien mil franceses» estaban dispuestos a entrar en España. Los liberales españoles trataron de alzar al pueblo frente a la invasión extranjera como en 1808. Pero la situación había cambiado: en 1823, la mayoría de los españoles había sido educada en el absolutismo y los errores y disensiones de los liberales les habían desprestigiado. Intentando mover a los zaragozanos frente al invasor, el jefe político García Goyena hizo público un bando patriótico que terminaba así: «Zaragozanos: olvidemos todo para ser españoles, sacrifiquemos en aras de la Patria resentimientos personales, y querellas de partidos. Independencia y Constitución sean nuestro grito: unión entre españoles y guerra al extranjero que pise hostilmente nuestro suelo. Zaragoza, 26 de febrero de 1823. El Gefe Político Florencio García». Archivo General de Navarra (A. G. N), sección «Negocios de la Diputación: sus Síndicos y Secretario...», legajo 5, carpeta 12. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 719.

⁷ «Al término del Trienio Constitucional emigró a Francia, donde permaneció hasta la muerte de Fernando VII y donde se hizo más sensible a la influencia francesa, que habría de notársele años más tarde al elaborar el proyecto de Código civil». CASTÁN VÁZQUEZ, «El Proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones americanas» en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 19, Madrid, 1988, p. 267. «Exiliado en 1823 a Francia, volvió a España a la muerte de Fernando VII». SALINAS QUIJADA, «Navarra en el Proyecto isabelino de Código civil de 1851 y en las “Concordancias” de García Goyena» en *Revista Príncipe de Viana*, Pamplona, agosto-diciembre 1984, p. 667. En el mismo sentido, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación civil española*, 4, *Codificación civil*, vol. I, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, 1970, p. 199.

salvo al menos en una ocasión en la que tuvo que atravesar la frontera y permanecer por un breve lapso de tiempo en Francia»⁸.

La abundante documentación que maneja permite a Repáraz Padrós reconstruir el itinerario de García Goyena durante el tiempo que media entre los años 1823 y 1833. García Goyena se encuentra en Valencia al inicio del mando –que se extendió de 1823 a 1825– del General Saint-Marc⁹. En noviembre de 1823 está en Tarragona desde donde escribe una carta a la Diputación de Navarra solicitando parte de su anterior sueldo en calidad de jubilado¹⁰. En marzo de 1824 vive en Barcelona donde es nombrado «Asesor de las Rondas Volantes Extraordinarias de este Principado» por su amigo, el Barón de Eroles, realista declarado que durante estos años difíciles intenta ayudarle¹¹. En junio y julio del mismo año escribe, también desde Barcelona, a la Diputación de Navarra intentando «purificarse»¹². Allí sigue en enero de 1825¹³. En noviembre presenta ante los Tribunales de Barcelona su título de abogado con el propósito de ejercer la profesión, prestando juramento el 7 de enero de 1826¹⁴. Poco tiempo pudo dedicarse a la abogacía: en noviembre de 1826 se le acusa de haber pertenecido a la masonería mientras ocupaba el cargo de jefe político de Zaragoza. Como consecuencia del expediente que, con fecha de 14 de diciembre de 1826, se le incoa es suspendido en el ejercicio de la profesión de abogado «hasta que recaiga real resolución». Parece que la suspensión se mantuvo pues el 18 de septiembre de 1827 solicita García Goyena

⁸ REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 721.

⁹ En palabras de García Goyena: «... arrojado luego de Valencia por el General Saint-Marc y dos veces de Barcelona por el llamado Conde de España, expulsada mi mujer de Madrid en mayo de 1830, perdido todo en fin menos el honor y la esperanza...» Expte. personal. cit., carta de García Goyena de 29 de marzo de 1836. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 721.

¹⁰ Exposición de García Goyena a la Diputación de Navarra, fechada en Tarragona de 29 de noviembre de 1823. A. G. N., sección «Negocios de la Diputación...», legajo 5, carpeta 12. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 722.

¹¹ A. G. N., sección «Negocios de la Diputación...», legajo 5, carpeta 15. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 723.

¹² Las «purificaciones» suponían una revisión persona a persona de los empleados públicos según un procedimiento. Del sometimiento a la purificación «que no de su resultado» dependían los sueldos de los funcionarios, lo que explica que, en todo caso, ésta se intentara. Cartas de García Goyena desde Barcelona de 3 de junio de 1824 y 16 de julio de 1824, A. G. N., sección «Negocios de la Diputación...», legajo 5, carpeta 12. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, pp. 724-725.

¹³ Oficio dirigido a la Diputación de Navarra de 5 de enero de 1825 y carta al Secretario de la Diputación de Navarra, José Basset de 30 de enero de 1825. A. G. N., sección «Negocios de la Diputación...», legajo 5, carpeta 12. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, pp. 725-726.

¹⁴ «Don Florencio García en 19 de noviembre de 1825 presenta el título que obtiene de Abogado de los Rs. Consejos y deseando ejercer la Profesión en este Principado suplica se le añada día para prestar el debido juramento». Archivo de la Corona de Aragón, sección «Audiencia», serie «Registros», volumen 1424 (año 1825), n.º 1535, p. 630. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 727.

la devolución de su título¹⁵. La situación empeora con la llegada a Barcelona, en noviembre de 1827, del Conde de España, cónsul francés en la ciudad. Casi inmediatamente, el 3 de diciembre de 1827, ordena la expulsión de quienes, bajo el régimen constitucional, hubieran sido diputados en las Cortes o jefes políticos. La medida afecta directamente a García Goyena que llega a Francia, concretamente a Perpiñán, el 6 de diciembre de 1827¹⁶.

De los informes de la policía francesa consultados por Repáraz Padrós se desprenden datos de gran interés. El 4 de enero de 1828, García Goyena solicita autorización para volver a Cataluña¹⁷. Su súplica es atendida y en febrero de ese mismo año se encuentra de nuevo en Barcelona¹⁸. «Esta fue la primera expulsión de García Goyena por el Conde de España, de las dos que él mismo menciona, ya que se produce recién llegado el segundo a Barcelona. Esta expulsión no significó más que una ausencia del país de dos meses, durante los cuales residió en Perpiñán sin dar motivos de sospechas de intrigas a la policía que tenía el encargo de vigilar sus movimientos. —No recogen los archivos de la policía francesa ningún dato sobre una segunda expulsión. Esto puede significar que con motivo de la expulsión de la ciudad catalana García Goyena se trasladara a otro punto pero dentro del territorio nacional. Si la primera expulsión, a pesar de referirse a un conjunto de personas y de tratarse de muy breve plazo de tiempo, quedó sin embargo registrada en los archivos franceses, sería lógico que de haberse producido una segunda expulsión a Francia quedase alguna constancia»¹⁹.

En junio de 1828 continúa en Barcelona²⁰. En diciembre del mismo año se encuentra en Zaragoza²¹. En abril de 1829 puede

¹⁵ Archivo de la Corona de Aragón, sección «Audiencia», serie «Registros», volumen 1426 (año 1827), folio 283. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 728.

¹⁶ *Archives Nationales de la France* (CARAN) F/7, 12.040, Dossier n.º 1201 «Victorica (Miguel de), García (Florencio) ancien chef politique en Aragon». Oficio del Prefecto de la policía francesa de los Pirineos Orientales dirigido al Ministro del Interior, fechado el 7 de diciembre de 1827. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 729.

¹⁷ A. N. F., F/7, 12.040, Dossier n.º 1201. Oficio del Prefecto de la policía de los Pirineos Orientales al Ministro Secretario de Estado y del Interior francés. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 730.

¹⁸ Oficio del Prefecto de la policía de los Pirineos Orientales al Ministro Secretario de Estado y del Interior francés, fechado el 1 de mayo de 1828. *Ibidem*. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 730.

¹⁹ *Loc. cit.*, p. 730.

²⁰ Oficio de García Goyena a la Diputación de Navarra fechado en Barcelona al 24 de junio de 1828. A. G. N., sección «Negocios de la Diputación...», legajo 5, carpeta 15. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 731.

²¹ Carta para su amigo y secretario de la Diputación, José Basset fechada en Zaragoza el 9 de diciembre de 1828. A. G. N., sección «Negocios de la Diputación...», legajo 5, carpeta 15. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 732.

ubicársele de nuevo en Barcelona²². Y, finalmente, en Pamplona²³ donde García Goyena vuelve a ejercer la abogacía y donde le sorprenderá la muerte del rey.

La conclusión de Repáraz Padrós es segura: «No parece que pueda mantenerse que viviera exiliado en Francia durante un significativo espacio de tiempo y menos durante los últimos diez años del reinado de Fernando VII. Un dato más confirma, a nuestro juicio, que no vivió un exilio en el extranjero. Cuando termine este período y se restaure el régimen constitucional en ningún momento García Goyena aludirá a un exilio en el extranjero, que hubiera constituido un claro motivo de orgullo para un liberal.»²⁴

La muerte de Fernando VII en septiembre de 1833 supone un vuelco en la política española. Se inicia una etapa turbulenta caracterizada por la regencia y por las guerras carlistas. En cualquier caso, a García Goyena el cambio político le favorece. Los nombramientos tanto en la carrera judicial –que iniciará ahora– como en la política se suceden. En agosto de 1834 es nombrado Fiscal de lo Criminal en Burgos. En noviembre del mismo año se le designa para un cargo lleno de dificultades si se atiende al contexto político general y navarro en particular: el de Comisario Regio en Navarra. La oposición de Espoz y Mina, Virrey y General en Jefe del Ejército de Navarra, le impide tomar posesión. Revocado su nombramiento, pasa a ser Comisario regio y Corregidor de Guipúzcoa. Ocupará el cargo hasta marzo de 1835, fecha en que se cesa a los Comisarios regios de las Vascongadas y Navarra al ser declaradas ambas provincias en estado de sitio. Poco después, en agosto del mismo año, se le nombra Gobernador civil de Zaragoza donde es recibido con desagrado por suponersele –sin fundamento alguno– desafecto al régimen constitucional. No llegará a ejercer sus funciones pues, en septiembre, se le designa Regente de la Audiencia Territorial de Valencia e inmediatamente después, en octubre, es nombrado Regente de la Audiencia Territorial de Burgos donde permanecerá hasta el otoño de 1836. Allí pronuncia el discurso de inauguración del año judicial. Es interesante destacarlo pues en él menciona expresamente la necesidad de la codificación y su relación con el asentamiento del sistema constitucional²⁵. La experiencia burgalesa

²² Archivo Histórico Nacional, sección Fondos contemporáneos, serie Hacienda, expediente n.º 5079/55, documento 5. *Ibidem*.

²³ Lo que atestiguan tanto el padrón municipal de mayo de 1831 como la lista de los abogados ejercientes en Pamplona a 1 de enero de 1832. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 733.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ «El caos y el laberinto de nuestra inmensa legislación, hija de todos los tiempos y de todas las formas de gobierno, será muy pronto reemplazado por la claridad y el orden, por Códigos adaptados á las luces y necesidades de la generación presente, y en armonía con el sistema liberal representativo que se empieza a establecer.» «Discurso pronunciado

no fue satisfactoria: su implacable denuncia de las irregularidades detectadas en el ámbito de la Audiencia y su actuación durante las elecciones de julio de 1836 le granjearon enemistades y censuras que culminarían con su arresto en el mes de agosto y con su abandono de la ciudad para ocupar, en noviembre, un nuevo destino: el de Ministro de la Audiencia Territorial de Madrid.

Dos años después, tras ser reconocida públicamente su actuación como Regente de Burgos, se le conceden los honores de Magistrado del Tribunal Supremo. Pero será la presencia en el gobierno de los moderados el factor que facilite el cumplimiento de sus aspiraciones políticas: se le ofrece un Ministerio –que rechaza– en el gabinete del Duque de Frías; concurre, como candidato a diputado por Navarra, a las elecciones de 1837 y a las de junio de 1839; finalmente, tras la disolución de las Cámaras en diciembre de 1839, vuelve a presentarse a las elecciones subsiguientes obteniendo esta vez una plaza en propiedad.

De nuevo un viraje político altera la vida de García Goyena. La sustitución de la Reina Regente María Cristina por el General Espartero a raíz de la crisis provocada por la Ley de Ayuntamientos provoca la reacción indignada del partido moderado. García Goyena –moderado convencido– junto con otros Magistrados de la Audiencia Territorial de Madrid envía al Ministerio de Justicia un escrito de protesta por lo ocurrido y cesa en el ejercicio de su cargo a la espera de respuesta. Un año después, en diciembre de 1841, llega la contestación esperada: se les ofrece la alternativa de la cesantía o la jubilación. García Goyena se decide por la cesantía. Pero este revés profesional tiene su contrapartida pues es precisamente esa nueva situación –que le «libera» del ejercicio de la función judicial– la que le permitirá dedicarse a la elaboración de obras jurídicas. Son los años en que revisa el *Febrero* (1841) y publica el *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés* (1843). Estos trabajos le integran en el círculo de los magistrados autores de obras doctrinales, del que saldrá un importante número de miembros de la futura Comisión General de Codificación. Como ha señalado Castán Vázquez, «el hecho de publicar esa versión del *Febrero* en 1841 fue fundamental en la vida de García Goyena porque fue esa circunstancia probablemente la que le sacó del anonimato»²⁶.

por Don Florencio García Goyena, Regente Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos en la solemne apertura de la misma del 12 de enero de 1836», Burgos, Imp. De Arnáiz, 1836, p. 13. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 753.

²⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, «El proyecto de Código civil de 1851...», *o. c.*, 268.

En la primavera de 1843, la caída del General Espartero lleva al poder a una coalición de progresistas y moderados. Al año siguiente, con estos últimos en el Gobierno, comienza la «década moderada» (1844-1854). Sobre este trasfondo político, tan propicio para Goyena que había demostrado sobradamente su lealtad al partido gobernante, se sitúa el último tramo de la vida de nuestro personaje. Una etapa llena de logros y reconocimientos: en agosto de 1843 será nombrado vocal de la Comisión General de Codificación; en diciembre, ascenderá en la carrera judicial al ser nombrado Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, donde llega a Presidente de la Sala de Indias; en 1844 es elegido senador por Navarra y, en la siguiente legislatura, por designación real, será nombrado senador con carácter vitalicio; finalmente, en 1847, forma parte de un breve ministerio –un mes escaso– en el que ocupa los cargos de Ministro de Gracia y Justicia y Presidente.

La Comisión General de Códigos se crea por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. García Goyena fue elegido presidente de la sección civil, formada además por Luzuriaga, Vila, Ruiz de la Vega, Vizmanos, Ortiz de Zúñiga, Álvarez, Escriche y De Quinto. Disuelta en julio de 1846, vuelve a constituirse meses después con un número menor de miembros. García Goyena queda adscrito a la sección civil y en febrero de 1848 es nombrado presidente de la Comisión, cargo que desempeña hasta agosto de 1854. Fue un trabajador activísimo que intentó –y consiguió– compatibilizar sus tareas en el órgano codificador y en el Tribunal Supremo. No sólo se ocupó de la preparación del Proyecto de Código civil que ve la luz en 1851. Junto con Luzuriaga intervino asimismo en la elaboración del Código penal de 1848. Y en paralelo al Proyecto de Código civil, trabaja en la más conocida de sus obras, la denominada *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* que se publica en 1852. Las *Concordancias*, como se verá más adelante, tienen una importancia capital no sólo desde la perspectiva de la adecuada interpretación del Proyecto: en la medida en que el Código civil de 1889 se apoya en su antecedente de 1851, aspectos sustanciales del alcance y sentido de muchos de sus preceptos se clarifican a la luz de esta obra singular.

Su actividad como senador no puede compararse a la que desarrolla como jurista, su auténtica profesión. Sus intervenciones en el Senado no son numerosas y tienen alcance diverso. Presenta un especial interés –y resulta incluso paradójico– el discurso con el que cuestiona la permanencia en el texto constitucional del principio de unidad de Códigos... precisamente cuando la sección de la Comisión General de Codificación que preside comienza a trabajar

en el Proyecto de Código civil que regiría en la totalidad del territorio español. Planteó García Goyena el asunto al proponer una enmienda de supresión al artículo 4 del Proyecto de reforma de la Constitución de 1837: «Pido al Senado se sirva acordar la supresión del artículo 4.º del proyecto de reforma que está redactado en estos términos: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía”». En el fondo, consciente de que los obstáculos a la codificación procedentes de los territorios forales podrían convertir la tarea en un imposible, sin negar el principio de unidad, pretende flexibilizarlo llevándolo a un texto legal «secundario» – hoy diríamos de «rango ordinario» – más fácilmente modificable, si fuera necesario, que el rígido texto constitucional²⁷. Se advierte ahí su visión de jurista práctico y su sentido de la realidad.

Por último, llegan las responsabilidades políticas al más alto nivel. La incorporación de García Goyena a las tareas de gobierno es circunstancial y fruto de la crisis en que el país se hallaba sumido. Su competencia profesional probada, su moderada ambición política y, sobre todo, su lealtad y obediencia a la Reina Isabel II (quién le instó personalmente a que aceptase los cargos que se le proponían) le convirtieron en el candidato adecuado y, así, en 1847, es llamado a formar parte del denominado «Ministerio de septiembre». Al frente del Ministerio de Gracia y Justicia y, a la vez, de la Presidencia del Gobierno, se le censuró la falta de una línea de gobierno clara y una actuación improvisada. Ocurrió más bien que, queriendo ganarse a moderados y a progresistas, lo que ganó fue la desconfianza de ambas facciones. La consecuencia de todo ello fue la rápida caída del Gobierno que presidía, obligado a dimitir el 3 de octubre de 1847²⁸.

En la existencia de García Goyena se unen la actividad política y el Derecho. Ciertamente, dedicó tiempo y energías al servicio de los cargos públicos que le fueron confiados pero la prioridad definitiva de su vida fue el ejercicio de las profesiones jurídicas junto a su tarea como codificador: mientras que los problemas de salud le obligan a dejar el Senado, sigue asistiendo al Tribunal Supremo

²⁷ «No negaré yo, Señores, que la unidad de Códigos sería un gran paso dado hacia la unidad nacional retardado por nuestro espíritu de provincialismo (...) No se crea por esto, Señores, que soy enemigo de la unidad de Códigos; antes al contrario, la deseo sincera y ardientemente: sólo combato que se establezca en un artículo constitucional absoluto, invariable, como el mismo destino». «No quiero que leguemos á las Cortes y Ministerios sucesivos que en un caso dado, pero muy probable en su aplicación, tropiecen con impedimentos insuperables. Una ley secundaria puede conducirnos al mismo fin; una ley secundaria se modifica y aun se revoca con menos inconvenientes que un artículo constitucional». DSS, legislatura de 1844-45, sesión de 21 de diciembre de 1844, pp. 155-156. REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, pp. 800-801.

²⁸ REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, pp. 807-826.

y a la Comisión General de Codificación hasta que se disuelve en 1854. Murió en Madrid el 3 de junio de 1855.

II. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851

A diferencia de las recopilaciones –colecciones de normas de distinto origen y tiempo carentes de un principio interno de ordenación–, un Código es un «sistema de reglas orgánicamente subordinadas y coordinadas, con pretensiones de generalidad y plenitud, agrupadas por institutos y redactadas en forma escueta y concisa; escritas todas en una misma época y para una misma obra»²⁹.

Presenta el Código una unidad interna procedente de su fundamentación en unos principios generales y con él se entiende posible dar solución, no sólo a las cuestiones expresamente previstas, sino a las que puedan en el futuro plantearse. Las ventajas de seguridad jurídica y predictibilidad de la solución legal para los problemas son inherentes al Código que, por estas razones... pero no sólo por ellas³⁰, empieza a ser considerado el vehículo ideal para la expresión de las normas jurídicas a lo largo del siglo XIX.

Es claro que toda codificación supone un trabajo inmenso. La codificación civil española sumó a las dificultades intrínsecas a esta tarea la de tener que contar como punto de partida con la existencia de una pluralidad de ordenamientos civiles en el territorio nacional, fruto de una trayectoria histórica secular³¹. Es importante destacar esta circunstancia para comprender los obstáculos con que tuvo que enfrentarse el Proyecto de 1851.

El Derecho civil español manifiesta la influencia del Derecho romano que actúa sobre los elementos autóctonos. Se advierte también en él una cierta presencia del Derecho germánico que llega a la península a través de las invasiones bárbaras. Con todo, el dato fundamental, es –tras la invasión árabe– la constitución de los reinos cristianos que protagonizan la Reconquista. A lo largo de los siglos en ellos se irá desarrollando un Derecho civil propio, constituido por usos y costumbres escritos o no, sentencias judiciales con fuerza de ley, y preceptos formulados por juristas eruditos sobre la base de los textos romanos. «Con un poder central tenue y unas

²⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona 1982, pp. 64-65.

³⁰ Un Código civil es una vía privilegiada para incidir, más que en la estructuración de la sociedad, en la conformación de la vida y las conductas de las personas que la componen.

³¹ GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, 4.ª ed., Madrid 1971, pp. 150-157, 184-196, 703-715 y 725-847.

instituciones políticas embrionarias, la personalidad de los singulares núcleos de población libre (abundantes en España, donde el feudalismo tuvo arraigo sólo relativo) es muy acusada, e incluso se fomenta en los lugares de frontera (expuestos al riesgo de los ataques de los “moros”) o en otros que interesa repoblar mediante la concesión de fueros privilegiados y distintos, en los que no faltan reglas de puro Derecho civil. Nos encontramos, así, adicionalmente y para mayor complicación del panorama legislativo, con unos ordenamientos particulares (fueros), a veces muy extensos y previos, superpuestos al ordenamiento territorial, de modo que en cada Estado, sobre un fondo jurídico común, coexisten múltiples Derechos privados locales de raíz popular, mientras las instituciones públicas se van decantando y separando de aquéllos, a medida que las va diseñando la legislación real»³².

Al tiempo de la codificación estos peculiares Derechos civiles están vigentes en Castilla y León³³, Aragón³⁴, Navarra³⁵, Cataluña³⁶, Mallorca³⁷, Vizcaya³⁸, Valencia³⁹. También en la tierra de Ayala, Galicia, Jerez de los Caballeros y otros lugares de Extremadura⁴⁰. Sus soluciones que en algún punto podían acercarse eran,

³² LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, pp. 53-54.

³³ Fueros locales de Sepúlveda y Cuenca, aplicables sólo en las ciudades que les daban nombre. Se aplicó también el Fuero Juzgo y el Fuero Real. Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), Leyes de Toro (1505), Nueva Recopilación (1567) y Novísima Recopilación (1805). LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 61.

³⁴ Fueros locales de Jaca, Daroca y Teruel. Compilación de Huesca (1247), Observancias (1437). En 1522 se refunde el texto de 1247 y la legislación posterior en una recopilación: el cuerpo de Fueros que se publica con el de Observancias (éste inalterado) añadiéndose las disposiciones administrativas llamadas «actos de corte». A este conjunto se sumó toda la legislación posterior hasta 1700. LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, pp. 61-62.

³⁵ Fueros locales de Estella, Tudela y Val de Funes. Fuero General (1300), que se reformó por el Amejoramiento de Felipe III. Finalmente, Novísima Recopilación (que recopila la legislación producida entre 1512 y 1716). LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 62.

³⁶ Como Derecho local se aplicaron las compilaciones llamadas «de costumbres» de Gerona, Lérida y Tortosa; el privilegio *Recognoverunt proceres* y las *Ordinaciones d'en Sancta Cilia*. Con carácter general, los *Usatges* o usos (siglo XIII), Compilaciones de 1495 y 1588 y, por último, las *Constitutions i altes Drets de Catalunya* de 1704. LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 62.

³⁷ El Derecho civil consuetudinario de Mallorca se recogió en recopilaciones privadas. La más importante, la de Antonio Moll (1663). LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 63.

³⁸ El Derecho consuetudinario de la tierra llana de Vizcaya se puso por escrito en 1452 y, con el nombre de Fuero de Vizcaya, en 1526. Rigió también en Llodio y Aramayona (Álava). LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 63.

³⁹ *Costum* o *Furs* que, como Derecho municipal, rigen en la capital desde 1240. Desde 1261 se aplicarían en la totalidad del reino de Valencia completado por disposiciones posteriores. LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 63.

⁴⁰ Tienen la condición de territorio foral algunos que, sin proceder de antiguas unidades políticas, mantenían un Derecho específico, escrito o consuetudinario, referido a instituciones concretas. En Jerez de los Caballeros y otros lugares próximos de Extremadura se aplicaba una costumbre en materia de régimen económico matrimonial conocida como «Fuero de Baylio». Su vigencia se reconoció en tiempos de Carlos III (1778) en cédula incluida después en la Novísima Recopilación, siendo confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo. LACRUZ BERDEJO, *o. c.*, p. 63.

en otros, manifiestamente inconciliables. Y, sobre todo ello y por su propia naturaleza, la elaboración de un Código implicaba la unidad legislativa y ésta la eliminación de la diversidad.

Ya a finales del siglo XVIII aparece la codificación como un ideal a conseguir. El maestro español de civilistas Federico de Castro señala que si las propuestas del marqués de la Ensenada o los postulados de Jovellanos no se concretaron en realizaciones efectivas fue por el respeto que infundían *Las Partidas*, consideradas como «el más racional de los Códigos»⁴¹. Infructuosos, por forzados, fueron los intentos que, con base en la Constitución de Bayona, apuntaban a la elaboración de un Código civil «para las Españas y las Indias»⁴². Sin embargo, la idea de la codificación se afirma en las Cortes de Cádiz y pasa al artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes.»

Pero la sucesión de los acontecimientos políticos mediatizó el cumplimiento del mandato constitucional: la vuelta al absolutismo en 1814 lo hizo imposible; durante el «trienio liberal», en 1821, una comisión formada por Cano, Silves, Hinojosa, Cuesta, San Miguel, Navarro y Garelly llegó a publicar un proyecto de Código civil que no pasó del libro primero⁴³. Muerto Fernando VII, el gobierno de la Reina Regente encarga en 1833 la redacción de un nuevo proyecto a Cambrónero cuyo fallecimiento hizo que el encargo recayese en una comisión integrada por Tapia, Vizmanos y Ayuso, que terminaría la labor encomendada en 1836 aunque el proyecto no se discutió en las Cortes. De iniciativa privada, en 1832 (con reedición en 1846), Pablo Gorosabel publica la *Redacción del Código civil de España esparcido en los diferentes cuerpos de Derecho, leyes sueltas de esta Nación. Escrita bajo el método de los Códigos modernos* que no tuvo mayor trascendencia.

Por fin, la elaboración del Código se acomete seriamente con la creación en 1843 de la Comisión General de Códigos, que remitirá al Gobierno en 1851 el Proyecto de Código civil.

La sección civil de la Comisión General de Códigos redactó un anteproyecto parcial (Libro I, Personas y familia; Libro II, Derechos reales) que se detuvo cuando, en julio de 1846, la Comisión se suprime. Estaba ya entonces bastante avanzada la elaboración de la

⁴¹ DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, Madrid 1984, pp. 185-186.

⁴² El artículo 53 del Proyecto de Constitución de Bayona establecía que el Código de Napoleón «formaría parte de las leyes del Reino». Por indicación del Consejo de Castilla, el texto se sustituyó por: «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales».

⁴³ DE CASTRO, *o. c.*, pp. 187-188.

Parte general de obligaciones y contratos. Meses después, reconstituida la Comisión, Bravo Murillo, García Goyena y Luzuriaga revisan lo hecho hasta entonces y completan la parte pendiente del Derecho de obligaciones y contratos. Se llevarían a término igualmente las partes restantes. Tras discusiones detalladas y numerosas sesiones de trabajo, la primera redacción del Proyecto se entregó al Ministro de Justicia en septiembre de 1849, pero el trabajo fue completamente revisado de nuevo a lo largo del año siguiente. Finalmente, el Proyecto fue elevado al Ministro de Gracia y Justicia el 5 de mayo de 1851.

El Proyecto de 1851 es un hito en la historia de la codificación civil española. Es el antecedente inmediato del vigente Código de 1889, tal y como reconoce la base 1.ª de la ley que autorizó al Gobierno la publicación de un Código civil: «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio...»⁴⁴. Se estima que un 65 por ciento de los artículos del vigente Código civil de 1889 están en inmediata relación con los del Proyecto de 1851. Y que otro 20 ó 25 por ciento, si bien supone modificaciones importantes o incluso radicales, «sigue teniendo su punto de partida en un precepto isabelino, que sirve todavía para dar cuenta de su intento y significado»⁴⁵. Como ha señalado De Castro, toda la discusión posterior sobre la obra codificadora girará en torno a sus soluciones que, desde su publicación, serán tenidas en cuenta por la doctrina –y a veces por los Tribunales– como la opinión más autorizada⁴⁶.

Se conoce también como Proyecto de García Goyena lo que puede dar la impresión de que fuera obra exclusiva suya⁴⁷. Esta afirmación ha sido matizada⁴⁸ y estudios relativamente recientes llegan a atribuir partes concretas del trabajo a miembros determinados de la sección encargada de prepararlo⁴⁹. Ello, sin embargo, no cuestiona el destacado protagonismo de García Goyena que fue claro impulsor y director de la tarea codificadora.

⁴⁴ Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar un Código civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, «Las “concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1974, n.º 501. p. 293.

⁴⁶ DE CASTRO, *o. c.*, p. 190.

⁴⁷ ASÍ, CASTÁN VÁZQUEZ, *o. c.*, p. 276.

⁴⁸ Lacruz lo atribuye a García Goyena, Luzuriaga, Bravo Murillo y Sánchez Puy. LACRUZ BERDEJO, «Las “concordancias” de García Goyena...» *o. c.*, p. 292. En una obra posterior reconoce también la intervención de Ortiz de Zúñiga. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... o. c.*, p. 72.

⁴⁹ ASÍ, LASSO GAITE y BARÓ PAZOS. Reseña y puntualización de estos estudios en REPÁRAZ PADRÓS, *o. c.*, p. 780, nota 312.

Consta el Proyecto de 1992 artículos y sigue al Código civil francés, tanto en su sistema y orden de materias (con alguna leve modificación) como en el contenido –e incluso en la literalidad– de muchos de sus preceptos. Así, por ejemplo, ocurre con el consejo de familia y el protutor (art. 172, 190 ss.), el testamento ológrafo (art. 564), la transmisión de la propiedad sin necesidad de tradición (art. 981)...

Desde el punto de vista de su orientación ideológica debe ponerse en relación con la Constitución de 1837 pues los valores propugnados por ésta pasan al Proyecto a través de las bases generales que la Comisión General de Codificación había aprobado en 1843 como marco de su tarea. Se advierte lo dicho con claridad en la primera de las bases: «El objeto político de la codificación debe ser realizar y desenvolver los principios consignados en la Constitución de la Monarquía.» Además, establecido en el artículo 4 de la Constitución el principio de la unidad de Códigos –medida necesaria para reforzar el poder del Estado central y consecuencia del principio de igualdad– la base tercera se refiere concretamente al Código civil atemperando las consecuencias que la unidad provocará en el ámbito territorial de su aplicación: «El Código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aún las esperanzas creadas por las mismas legislaciones.» En el articulado del Proyecto estas pautas cristalizan en el artículo 1992 (por el que se derogaban todos los fueros, usos, leyes y costumbres) y en el artículo 1237 (por el que se prohibía el pacto de regir la sociedad conyugal por los fueros y costumbres provinciales). La Comisión General de Codificación había aprobado además unas bases específicas para la elaboración del Código civil. Las correspondientes al Libro III revelan con claridad el propósito de instaurar un sistema económico liberal: la propiedad concebida como derecho pleno, libre e individual sobre la cosa, la seguridad del tráfico imprescindible para favorecer el crédito y con él la economía del país, la libertad contractual. Los artículos 391 (definitorio de la propiedad), 635, 636 y 639 (prohibiendo la sustitución fideicomisaria), 1782 y ss. (reguladores de la hipoteca) y 1819 y ss. (organizadores del «Registro Público»), entre otros, del Proyecto son reflejo fiel de estos planteamientos.

Caracterizan además al Proyecto de 1851 su laicismo y regalismo, manifestados especialmente en el tratamiento jurídico del matrimonio (artículos 75 y 76) y su visión de la familia muy alejada de la concepción vigente en general y, de modo particular, en los territorios forales (lo que se advierte, entre otras cosas, en las limi-

taciones a la libertad de testar del padre y la reducción de la mayoría de edad, de los 25 a 20 años, en el artículo 142).

El Proyecto no llegaría a convertirse en norma vigente. La pregunta, en este punto, es obligada: ¿A qué se debió su fracaso? El Gobierno, temeroso de la reacción de los territorios forales ante la supresión de sus Derechos peculiares⁵⁰ y muy probablemente para preparar un terreno favorable a la aceptación de las innovaciones en materia de familia y sucesiones que el Proyecto incorporaba, tomó una decisión inesperada. En lugar de llevarlo a las Cortes para su discusión, por Real Orden de 12 de junio de 1851, decidió someterlo a información pública recabando informes de los Tribunales, Fiscalías, Colegios de Abogados e invitando a instituciones y particulares a manifestar su parecer y objeciones. El texto del Proyecto –según la Real Orden– debía publicarse en un solo número del periódico mensual *El Derecho Moderno, Revista de Jurisprudencia y Administración*, a fin de facilitar su examen y estudio. Se discute si el sometimiento a información pública fue una maniobra dilatoria del Gobierno que, en el fondo, se resistía a adoptar el proyectado texto legal. En cualquier caso, hubo una importante respuesta a la invitación hecha a entidades y particulares a que se pronunciaran: la Iglesia Católica, diversas Audiencias Territoriales (Barcelona, Canarias, Granada, Oviedo, Palma de Mallorca, Pamplona, Sevilla, Valencia y Zaragoza), la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, personas individuales y entidades de Galicia y Cataluña respondieron a la llamada. María Repáraz Padrós ha estudiado en profundidad los informes que con este motivo se enviaron al Ministerio de Justicia, llegando a interesantes conclusiones⁵¹. Resumiéndolas, puede establecerse que las permanentes objeciones de antiforalismo y afrancesamiento⁵², siempre achacadas al Proyecto, no fueron el principal obstáculo a su promulgación. La crítica contemporánea al Código –la contenida en los informes que fueron enviados al Gobierno como respuesta a su petición– aunque incide en esos aspectos no los considera de entidad suficiente para frenar la obra codificadora y, sobre todo, los considera superables si se recogen las modificaciones que sugiere. En esos mismos informes, se advierte además que la oposición de los territorios forales no siempre implicó defensa de sus peculiares Derechos: si se justifica el mantenimiento de algunas de las institu-

⁵⁰ Se ha mantenido que, reciente todavía la guerra carlista, el conflicto con las regiones forales podría haberse recrudecido. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, T. 1, Ed. Tecnos (11.ª ed. 2.ª reimpr.), Madrid, 2005, p. 54.

⁵¹ Para un estudio detenido de estas cuestiones, REPÁRAZ PADRÓS, «La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851» en *Anuario de Derecho Civil*, III (1997), pp. 1015-1220.

⁵² Con especial virulencia, SALINAS QUIJADA, *o. c.*, p. 691.

ciones forales es, no tanto porque sean «forales» sino porque, en atención a las razones sociales y económicas que se exponen, se consideran las más convenientes. En sentido contrario, y por esas mismas razones sociales y económicas, se llega a proponer en ocasiones la supresión de alguna institución peculiar⁵³.

Otros autores han visto en causas externas al Proyecto la explicación de su fracaso. Por ejemplo, en el retraso de España en cuanto a la implantación de un régimen económico liberal y la escasa protección de las libertades⁵⁴. Se ha destacado también el inestable panorama político al tiempo de la presentación del Proyecto: la caída del Gobierno de Bravo Murillo el mismo año de 1851 y la debilidad y crisis del partido moderado durante los años en que el Proyecto se somete a la crítica llevan a pensar que no se daban las condiciones apropiadas para introducir y respaldar una obra de tanta trascendencia como un Código civil que renovaba profundamente el Derecho del país. El Código hubiese necesitado el soporte de un gobierno fuerte y «con la llegada de los progresistas al poder en 1854 el proyecto, visto como un producto de la década moderada, tampoco contará con el apoyo suficiente»⁵⁵. Es claro también que la confesionalidad del Estado proclamada en la Constitución junto a la reciente firma, tras años de negociación, del Concordato con la Santa Sede hacían difícil que prosperase un Código hostil, en cuanto regalista, a la Iglesia Católica⁵⁶. Algunos otros juristas e historiadores han resaltado el sustrato económico presente en las quejas forales: quejas que no conectan tanto con la defensa del Derecho histórico del territorio cuanto con la defensa del régimen liberal⁵⁷. Estaba además el precedente del Código penal de 1848 que, a raíz de las críticas sufridas, había sido inmediatamente rechazado y sometido a reforma.

⁵³ REPÁRAZ PADRÓS, «La crítica ...» *o. c.*, p. 1177.

⁵⁴ MALUQUER DE MOTES, «La codificación civil en España (síntesis de un proceso)» en *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 1085.

⁵⁵ Señala esta circunstancia REPÁRAZ PADRÓS, «La crítica ...» *o. c.*, pp. 1052-1053.

⁵⁶ CRESPO DE MIGUEL, «El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil de 1851» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. XCIV, 1987, pp. 653-728. Más ampliamente en *La secularización del matrimonio. Intentos anteriores a la revolución de 1868*, Pamplona, 1992. Eunsa. También, FERNÁNDEZ ESTRADA, «Reacción de la Iglesia ante el régimen previsto para los esposales en el Proyecto de Código Civil de 1851» en *Ius Canonicum*, V. 32, n.º 64, 1992, pp. 629-664.

⁵⁷ SALVADOR CODERCH, «El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho Civil Catalán» en *Revista Jurídica de Cataluña*, V. 79 n.º 1, 1980, pp. 49-98 y V. 79, n.º 2, 1980, pp. 313-372. MALUQUER DE MOTES, «El Código civil o la codificación del Derecho castellano», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid 1990, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 1205-1229. CLAVERO, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, Siglo XXI de España Editores. Tomas y Valiente, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989, Alianza Editorial, p. 93.

Ciertamente, el Proyecto de Código civil de 1851 no llegó a superar el estadio de proyecto. Pero su frustración no le resta valor. Su importancia, como queda dicho, es trascendental a la hora de determinar el sentido y alcance del Código español de 1889. Esta consideración se refuerza si se tiene en cuenta la obra más característica de García Goyena, las *Concordancias*, que nos permitirán además enlazar todo lo expuesto con el Código civil de Luisiana de 1825.

III. LAS CONCORDANCIAS, MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE GARCÍA GOYENA⁵⁸

Terminado el Proyecto, el 5 de mayo de 1851, la Comisión de Códigos lo remitía al Ministro de Gracia y Justicia. Acompañaba al texto un oficio –firmado por Luzuriaga– que, tras hacer la presentación del Proyecto, finalizaba diciendo: «Con esta ocasión creo que tengo el deber de manifestar á V. E., que simultáneamente con el Código ha formado el señor don Florencio García Goyena una obra que contiene la historia, el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en su aplicación. Esta interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho previa discusión y con aprobación de la Sección.» Esta última aseveración da idea del valor que, desde el primer momento, fue atribuido a las *Concordancias*.

La obra sigue la corriente de la época en la que proliferaron tanto los estudios de Derecho comparado como los comentarios de Códigos. El propio García Goyena había publicado en 1843 su *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*.

Dedicada al rey⁵⁹, García Goyena explica, en el «Prólogo», las razones que le movieron a tomar las notas que, a lo largo de

⁵⁸ La primera edición en cuatro volúmenes está fechada en 1852, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial. Hay una reimpression en dos volúmenes de la editorial Base, Barcelona 1973. La cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza preparó en 1973 otra edición, con un estudio preliminar del profesor Lacruz Berdejo y una utilísima tabla de concordancias (directa e inversa) entre el Proyecto de 1851 y el Código civil vigente, Zaragoza, 1973. La versión digital de la edición de 1852 puede encontrarse en «PixelLegis: la biblioteca digital de Derecho». PixelLegis es un proyecto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla centrado en la digitalización de fondo jurídico del siglo XIX: <http://bib.us.es/derecho/recursos/pixelegis/index-ides-idweb.html>.

⁵⁹ «A S. M. el Rey, Señor: Las buenas leyes son el mayor beneficio que los reyes pueden hacer a los pueblos, y el monumento más imperecedero de su gloria: la de los reyes

aquellos años de esfuerzo, darían lugar a las *Concordancias*. A instancia de sus compañeros de la sección civil, se decidió a formar una obra que *atestiguase e ilustrase los trabajos de la Comisión* con dos propósitos fundamentales: precisar el sentido de las disposiciones a través de la interpretación auténtica y facilitar la tarea de quienes, sometido el Proyecto a información pública, habían sido llamados a pronunciarse sobre su contenido⁶⁰.

guerreros pasa con el humo y estruendo de las batallas para no ocupar luego sino una fría página en la historia; la de los reyes legisladores gana en veneración y brillo con el transcurso de los siglos. La Reina, vuestra augusta esposa (D. L. G.) lleva ya justamente los dulces dictados de la Buena y Generosa, pero está destinada a llevar también el de Legisladora; y su gloria bajo este aspecto será la gloria de V. M., como lo fueron de don Fernando 5.º todas las glorias de doña Isabel 1.ª. Estos pobres trabajos míos, que tengo la honra de dedicar á V. M. encierran el origen, historia, motivos y espíritu del que probablemente se denominará Código Civil de doña Isabel 2.ª: dígnese V. M. acogerlos con su natural benignidad como una muestra de mi respetuosa y sincera adhesión á su Real Persona, y de mi profunda gratitud por los distinguidos rasgos con que se ha servido manifestarme su Real aprecio.

Dios guarde y bendiga por largos años la preciosa vida de V. M.: Madrid 27 de diciembre de 1851. SENOR: A. L. R. P. de V. M. Florencio García Goyena.»

⁶⁰ «Desde las primeras sesiones de la Comisión general de Códigos fue mi costumbre presentar por escrito, no solo mis trabajos propios sino todas mis observaciones sobre los agenos. En vista de ellas, algunos apreciables compañeros me instaron a que las continuase y ordenase de modo que pudieran formar una obra que atestigüase e ilustrase los trabajos de la Comisión. Prestéme a esta lisonjera invitación y, andando el tiempo, me decidí por dar a la obra el método y extensión que hoy tiene. No se me ocultó desde el principio lo vasto y arduo de la empresa en sí misma, y luego toqué las nuevas dificultades que surgían de los cambios y modificaciones del Código en cada una de sus diferentes revisiones. Estuve más de una vez tentado por abandonar la empresa; pero me dolía tanto trabajo perdido: por otra parte mediaba un compromiso de honor, y mi amor propio se revelaba contra las dificultades: continué pues, y a fuerza de perseverancia la llevé a cabo tal como la presente.

Al pie de cada artículo obra un epitome o resumen de lo que sobre su tenor se halla dispuesto en el Derecho Romano, citando siempre y copiando muchas veces sus leyes; siguen nuestros Códigos patrios desde el Fuero Juzgo, y todos los modernos de más nombradía; es decir, que á un simple golpe de vista se descubrirá la legislación, que puede llamarse universal, sobre la materia del artículo, y esto es lo que yo comprendo en la palabra concordancias.

Vienen luego los motivos. “Porque el saber de las leyes, según la bella espresión de nuestra ley de Partida, aunque tomada de otra romana, non es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas”. Esta es la parte mas noble y util del estudio de la legislación, y frecuentemente se halla enlazada con su historia: sabiendo el origen, las causas y fines de la ley, en una palabra, su espíritu, no ha de ser difícil aplicarla con acierto aun á los casos que á primera vista aparezcan dudosos: en los motivos se descubrirá también por qué se ha dado la preferencia á un código sobre los otros, ó nos habemos separado de todos.

Los comentarios no son sino consecuencias y aplicaciones del espíritu del artículo: en ellos se notan los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo; se previenen y resuelven, según el espíritu del mismo, algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la práctica. Sobre esta parte de la obra nada puedo añadir a lo que la Sección dijo al Gobierno en su oficio de 5 de mayo último. “Esta interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho previa discusión y aprobación de la Sección”.

Al fin de cada tomo irán por apéndices algunas memorias sueltas y discursos que leí en la Comisión: esto contribuirá, no solo al mayor esclarecimiento de las materias sobre que recae, sino á hacer conocer la parte histórica y debates porque pasaron en el seno de la Comisión las innovaciones y puntos más importantes del Código.

El «Prólogo» da también razón del método de trabajo que García Goyena utiliza. Las *concordancias* se establecen, de una parte, entre el articulado del Proyecto y algunos Códigos extranjeros (*todos los modernos de más nombradía*, dice, mencionando los de Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña); de otra, entre el texto, el Derecho romano y la legislación patria. Así, García Goyena desvela qué materiales se tuvieron en cuenta para redactar todos y cada uno de los preceptos del Proyecto. La exposición de los Códigos extranjeros suele respaldar las soluciones innovadoras adoptadas. La de los textos jurídicos españoles, permite enlazar el Proyecto con la doctrina tradicional. Los *motivos* razonan el por qué de la solución legal que se adopta o que se desecha. Tienen una importancia particular, en este sentido, los «Apéndices» de la obra que recogen las intervenciones de García Goyena sobre puntos del Proyecto que resultaron particularmente conflictivos (así, por ejemplo, el Apéndice n.º 2, sobre los hijos naturales; el n.º 4, sobre la admisión del testamento ológrafo; el n.º 8 sobre la mejora...). En los *comentarios* se plantea la casuística no específicamente contemplada por los preceptos a la que se intenta dar solución desde su *ratio*.

Se discute si García Goyena conoció directamente los textos de los Códigos extranjeros que cita. Desde luego, la cuestión no debe relacionarse con su inexistente exilio en Francia. Peña Bernaldo de Quirós, se inclina a negarlo. La razón es que, alguna vez los textos germánicos recogidos en las *Concordancias* tienen sin traducir palabras en francés. Y cuando reproduce como íntegro un artículo de estos textos lo da en términos similares a los utilizados en la obra de Verlanga y Muñiz –*Concordancias entre el Código civil Francés y los Códigos Civiles extranjeros*, trad. del francés por...

La publicación de esta obra contribuirá sin duda alguna para que los tribunales, colegios de abogados y demás corporaciones y personas competentes, hagan con mayor conocimiento y acierto sus observaciones sobre el proyecto del Código Civil, a fin de que se mejore y perfeccione en lo posible.

Aun en el estado actual de nuestra legislación, no puede ponerse en duda la utilidad de la obra: el Código en su casi totalidad no es sino lo existente, pero con mayor claridad y orden. Desembarazado de sus dudas y llenados sus vacíos: las concordancias y el cotejo de los motivos obrarán lo mismo sobre lo existente.

También se echará de ver por las concordancias, que algunas de las que al pronto parecen innovaciones, copiadas de Códigos extranjeros, tales como el acortamiento de la mayor edad, la patria potestad de la madre en defecto del padre y otras, no son sino la primitiva y pura legislación española, consignada en nuestros Fueros antiguos, y alguno de ellos hoy vigente.

Porque conviene que se sepa que una de las principales bases adoptadas por la Comisión general, fue “no innovar sino por necesidad ó evidente utilidad”.

Yo no tengo noticia de obra alguna extranjera que reúna en sí sola los tres objetos y ventajas de la mía: la Francia tiene muchas, oficiales unas, otras privadas, sobre cada uno de los tres objetos: pero esto, además de perjudicar á la unidad y claridad, ocasiona pérdida de tiempo y de dinero.»

Madrid 1852– «los cuales, muchas veces, distan de responder exactamente al contenido del artículo invocado». La cronología, sin embargo, impide aceptar que García Goyena manejase directamente este trabajo pues se publica el mismo año en que se editan las *Concordancias*. Se puede dar por seguro, entonces, que García Goyena conoció el original francés de esta obra, la *Concordance des Codes civils français et étrangers* de Antoine de Saint-Joseph al que Verlanga y Muñiz traducen sin citar⁶¹.

Uno de los mejores concededores de las *Concordancias*, el Profesor Lacruz, ha hecho una interesante valoración del aspecto doctrinal de la obra de García Goyena: «En todo ello es poco libresco. García Goyena es un jurista agudo y despierto; un buen juez; un abogado de gran calidad; pero no un científico del Derecho en el sentido que cabría dar hoy a esta expresión, ni un profesor, ni siquiera un erudito. Sus citas de romanistas se centran sobre todo en Voet y Vinnio; las de clásicos españoles en Gregorio López y Antonio Gómez, o de los más modernos, Asso, Febrero y Sala; de tratadistas franceses del Código aparece sólo uno de segunda fila, Rogrón, y entre los anteriores a la legislación napoleónica invoca con alguna frecuencia la autoridad de Pothier. Conocía además la discusión del Código de Napoleón, citando alguna vez frases de sus redactores: Portalis, en particular. Aparecen, desde luego, otros nombres: entre ellos, los de Fontanella y Cancer (éste, aragonés que escribe sobre Derecho catalán) son traídos a través de Vives y Cebriá; acaso los de Dumoulin o Cuiacio tampoco significa que consultase el autor la obra original. El aparato bibliográfico es, en suma, muy parco; son mayoría las páginas que no contienen ninguna cita doctrinal. El autor no es ningún *ilustrado*: es un *moderado*, incluso en la citas.»⁶²

Veamos un ejemplo en el que, por cierto, García Goyena alaba el Código civil de Luisiana:

Artículo 978

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fé, al uso ó á la ley.

Vé lo espuesto en el 973 y 976, donde digo: «Ahora todos los contratos son consensuales.»

⁶¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. Centenario de la Ley del Notariado. Sección Cuarta. Fuentes y Bibliografía. V. I, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, pp. 30-31.

⁶² LACRUZ BERDEJO, «Las “concordancias” de García Goyena...» *o. c.*, p. 295.

La segunda parte del artículo es el 1135 Frances, que dice equidad en lugar de buena fé, 1089 Napolitano, 1226 Sardo, 836 de Vaud, 1897 y 1898 de la Luisiana, 1375 Holandes.

Quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudicii véniunt, ley 31, párrafo 20, título 1, libro 21 del *Digesto*. *Semper in stipulationibus id sequimur quod actum est, aut si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionismos appareat, quia varius fuit? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est, 34 de regulis iuris*: primero, la voluntad espresa de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso o la costumbre; tercero, á falta de voluntad espresa y presunta, la equidad y buena fé: vé el artículo 1019. y lo en el espuesto.

No hay especie alguna de obligación, sea de dar, sea de hacer ó de no hacer, que no descansa en las reglas fundamentales de este artículo, á las que habrá que recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos.

Según su naturaleza, etc., Vé los artículos 1508, 1516 y 1536, en los que, y en otros, se hace mención de la costumbre de la tierra, y se dan efectos especiales según la naturaleza especial del contrato: vé tambien lo que sobre lo natural y esencial de los contratos digo en el artículo 985.

A la ley: No es necesario espresar lo que está ya prevenido por la ley; por ejemplo, la obligación del vendedor al saneamiento de la cosa.

La equidad y la buena fe son el alma de los contratos. La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil ó escrita: *legis scriptae aequamentum vel non scriptae supplementum*: por eso deben ser consideradas en todo, y principalmente en el Derecho, según las 90 y 183 de *regulis iuris*. *In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*, ley 2, párrafo 3, título 7, libro 44 del *Digesto*.

El artículo 1960 de la Luisiana es magnífico en este concepto: «La equidad (en cuanto á la ejecución o consecuencias de los contratos) está fundada en el principio religioso de no hacer á otro lo que no quisiéramos que se hiciera con nosotros mismos, y de no enriquecerse a expensas de otro.»

Puede decirse que las *Concordancias* salvaron del olvido al Proyecto de 1851. Ciertamente éste se publicó y fue sometido a información pública. Pero si fue generalmente conocido lo fue, más que en su articulado a secas, en el seno de las *Concordancias* que vinieron a ser el vehículo de su difusión. Así, los informes sobre el Proyecto de 1851 recabados por el Gobierno evidencian la utilización habitual de la obra. Al éxito y difusión de las *Concordancias* —dice Repáraz Padrós— contribuyó la «magnífica operación publicitaria de García Goyena apoyada desde el Gobierno»⁶³ pues desde el Ministerio de la Gobernación se ordenó a los guber-

⁶³ REPÁRAZ PADRÓS, «García Goyena ...» o. c., pp. 784-785.

nadores civiles que recomendaran la compra de la obra a los Ayuntamientos y el Ministerio de Gracia y Justicia hizo idéntica sugerencia a las Audiencias Territoriales.

En resumen, el Proyecto se dio a conocer fundamentalmente a través de las *Concordancias* y ambos trabajos serían a lo largo de las tres décadas siguientes objeto de estudio y comentario. Por ello no es exagerado afirmar que Proyecto y *Concordancias* actuaron como catalizadores de la ciencia jurídica española facilitando que al tiempo de la elaboración del Código de 1889 ésta alcanzase un aceptable nivel.

No es necesario destacar aquí la conocida influencia de las *Concordancias* en las codificaciones hispanoamericanas. En el ámbito estrictamente español, su importancia ha sido resaltada por uno de sus más relevantes estudiosos, el Profesor Lacruz, quien –desde su comprensión de la voluntad del legislador como criterio interpretativo de la ley– lo considera no un «interesante» libro del pasado sino «un libro-clave» con plena validez y actualidad para establecer el sentido y alcance del vigente Código civil de España⁶⁴.

IV. EL CÓDIGO CIVIL DE LUISIANA Y SU INFLUENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En el método de trabajo seguido por García Goyena en las *Concordancias*, cada precepto del Proyecto de 1851 es puesto en relación con aquellos artículos de los códigos extranjeros con los que guarda afinidad por razón de la materia. Es precisamente este método el que desvela la importancia que, como fuente de inspiración del Proyecto español, tuvo el Código civil de Luisiana de 1825 pues García Goyena lo incluyó en aquel grupo de códigos –*todos los modernos de más nombradía*, declara en el Prólogo– que debían tenerse a la vista para aprovechar (las más de las veces) o para desechar (en alguna ocasión) sus soluciones legales concretas o su *ratio* inspiradora.

No son muchos los autores que han estudiado esta influencia. Un primer trabajo es el de Miguel Royo Martínez, en 1948⁶⁵. Parece ser, efectivamente, el primero que destaca el singular influjo del Código civil de Luisiana –«hasta hoy inadvertido»⁶⁶, dice– en el Código civil español de 1889. «El codificador español halló en el Código de la Luisiana a la sazón vigente, el de 1825, una obra en la que el arquetipo francés había ya sufrido la influencia española [...] por lo que el

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, «Las «concordancias» de García Goyena...» *o. c.*, pp. 298 y 302.

⁶⁵ ROYO MARTÍNEZ, «Influencia del Código civil de la Luisiana sobre el vigente Código civil español» en *Anuario de Estudios Americanos*, 1948, pp. 483-506.

⁶⁶ *Loc. cit.*, p. 483.

Código de La Luisiana fue, después del francés, el numen primordial del Proyecto español conocido como Proyecto de García Goyena o de 1851.»⁶⁷.

En su breve trabajo además de poner de relieve esta circunstancia ofrece un panorama de los «más notables ejemplos en los que es manifiesto que el legislador de 1851 no siguió al Código francés, ya por no contener éste precepto análogo, ya porque el Código napoleónico dicte una norma distinta, y siguió, en cambio al Código de La Luisiana como modelo único o muy principal»⁶⁸. No es cuestión de reiterar aquí todos esos ejemplos. Bastará uno solo:

«Testamento abierto; la unidad de acto. –No deja el Código Civil de La Luisiana de recibir, a través de los preceptos españoles anteriores a la codificación, nuestra clásica preocupación por el celeberrimo problema de la unidad de acto en el testamento abierto, y así el art. 1571 del citado Código dice: Los testamentos nuncupativos por acto público, deben otorgarse ante un escribano público, a presencia de tres testigos residentes en el lugar del otorgamiento, o de cinco no residentes.– Este testamento debe dictarlo el testador y escribirlo el escribano en los términos en que lo dicte.– Debe seguidamente leerse el testamento a presencia de todos los testigos. Se hará mención expresa de todo, advirtiendo que todas estas formalidades deben llenarse acto continuo, sin interrupción y sin ocuparse de otros actos.

Es de señalar que el Código francés (art. 972), exige únicamente dos testigos y no recalca la exigencia de la unidad de acto.

Nuestro proyecto del 51 señala que: El testamento abierto debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento y de los cuales uno al menos sepa escribir.– El testamento ha de ser dictado por el testador a presencia de los testigos y escrito por el escribano, quien lo leerá después al testador en presencia de los testigos, y hará mención expresa de todo esto.– Los testigos deben ver al testador y entender lo que dispone.

Fácil es hallar en estos textos el precedente inmediato de los arts. 694, 695, 696 y 699 de nuestro Código civil.»⁶⁹

Pasaron treinta y cuatro años hasta que este asunto volvió a aparecer en las publicaciones científicas. En efecto, en 1981 la *Louisiana Law Review* publicaba dos artículos coincidentes en su tema: uno, de un jurista español, el Profesor Castán Vázquez⁷⁰; el otro, de un jurista estadounidense, el Profesor Herman⁷¹. Ambos se ocupaban del influjo que el Código de Luisiana había tenido en la elaboración del

⁶⁷ *Loc. cit.* p. 485.

⁶⁸ *Loc. cit.*, p. 486.

⁶⁹ *Loc. cit.*, p. 492.

⁷⁰ CASTÁN VAZQUEZ, «Reciprocal influences between the Laws of Spain and Louisiana» en *Louisiana Law Review*, 42, 1981-1982, pp. 1473-1484.

⁷¹ HERMAN, «Louisiana's contribution to the 1852 (*sic*) Project of the Spanish Civil Code» en *Louisiana Law Review*, 42, 1981-1982, pp. 1509-1538.

Proyecto español de 1851. Castán Vázquez se refiere a este influjo en el contexto de un trabajo que también comprende la influencia inversa: la de la legislación española en la codificación de Luisiana. Por eso, se acerca al tema que nos ocupa desde una perspectiva que es, a la vez, breve y muy general. «Without attempting a detailed comparison among the articles of Louisiana Civil Code of 1825, the *Projet* of 1851 and the Spanish Civil Code—a task which would be worth but obviously extremely long—I would like to offer only some examples of important matters in which the Spanish Civil Code reveals traces of the Louisiana Code as a result of García Goyena's *Projet*»⁷². Entre esos ejemplos reveladores de la influencia del Código de Luisiana, destaca Castán Vázquez los preceptos relativos a las disposiciones generales del Código; en materia de derechos reales, la configuración de la protección del propietario y la noción de posesión; en lo que se refiere a las obligaciones, el concepto mismo de obligación, el de compraventa y el de contrato de sociedad; en materia de familia, los derechos y deberes entre los esposos y la tutela; finalmente, en materia de sucesiones, el concepto de testamento. «Undoubtedly, many more examples could be cited by examining more carefully and slowly those three legal works, but these examples should suffice to establish the influences of the Louisiana Civil Code of 1825 on the Spanish Civil Code»⁷³.

Herman tiene el mérito de ser el primer jurista americano que se interesa en el tema a instancia, como él mismo manifiesta, del Profesor Batiza que fue quien se lo sugirió. En su trabajo —tras una breve introducción histórica sobre la experiencia legal de Luisiana y la codificación española— se detiene en la descripción del Proyecto de 1851 y en algunos de los momentos en los que García Goyena reconoce la influencia directa del Código civil de Luisiana. «García Goyena's comments are fascinating to read: as can be seen in the appendices, they are erudite disquisitions on the civil law. They teach, illustrate and criticize. They explain the reasons for conscious deviations from earlier codes and from tradition. They display an enormous range of sources, including the French, Dutch and German Codes and, of course, the works of various national scholars [...] What interests us today in García Goyena's commentaries is his eclectic use of sources and especially of the Louisiana texts themselves. The greatest influence of the Louisiana Civil Code appears in obligations and special contracts. It figures less prominently in persons, domicile and marriage. Of approximately 2000 comments after the various articles in the *projet*, around 1500 refer to the Louisiana Civil Code. García Goyena reports that this *projet* reproduced the

⁷² CASTÁN VÁZQUEZ, «Reciprocal influences...» *o. c.*, p. 1481.

⁷³ CASTÁN VÁZQUEZ, «Reciprocal influences...» *o. c.*, pp. 1481-1482.

policy of a number of articles in the Louisiana Civil Code. A glance at the appendices to this paper reflects that he even duplicated a few Louisiana provisions verbatim»⁷⁴. El trabajo del Profesor Herman concluye con dos apéndices. El «Appendix A» presenta la traducción y la concordancia de algunos preceptos del Proyecto español y el Código de Luisiana⁷⁵. El «Appendix B» muestra la «translation of a typical entry in the Spanish Projet»⁷⁶.

Transcurrirían veintisiete años más hasta que nuestro tema volvió a entrar en el circuito de las publicaciones jurídicas. En el número correspondiente a la primavera pasada, la *Louisiana Law Review* publicaba un completo artículo de Agustín Parise titulado «The place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic civil Codifications: the Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851»⁷⁷. Es una valiosa aportación que pretende determinar concretamente *dónde y cómo* el Código civil de Luisiana se hace presente en el Proyecto español de 1851. Entre los aspectos más interesantes del estudio destaca el examen pormenorizado de las referencias que el Proyecto de 1851 hace al Código civil de Luisiana y los tres Apéndices que acompañan al artículo.

Por medio de un detallado escrutinio, Parise localiza en las *Concordancias* de García Goyena las referencias al Código civil de Luisiana clasificándolas en cuatro categorías. En primer lugar, las referencias directas («Direct References») o menciones expresas a preceptos del Código de Luisiana: 1103 artículos del Código civil de Luisiana son mencionados en las *Concordancias* al hilo del análisis que García Goyena hace de los 1992 preceptos del Proyecto de 1851. En segundo término, las referencias generales («General References»): García Goyena no menciona artículos concretos del Código de Luisiana sino que se refiere en general a «Luisiana». Esto ocurre en veinticuatro ocasiones. Las referencias cruzadas («Cross-References»), en tercer lugar: García Goyena, al comentar un precepto, dirige al lector a las referencias hechas analizando un precepto anterior. Así, por ejemplo, en el artículo 70 del Proyecto que remite a las referencias hechas al artículo 69. Finalmente, las «Miscellaneous references» que dan noticia de las ocasiones en que García Goyena menciona el acierto del Código civil de Luisiana al resolver una cuestión (por ejemplo, al comentar los artícu-

⁷⁴ HERMAN, *o. c.*, pp. 1513-1514.

⁷⁵ HERMAN, *o. c.*, pp. 1520-1537.

⁷⁶ HERMAN, *o. c.*, 1537-1538.

⁷⁷ PARISE, «The place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic civil codifications: the Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851» en *Louisiana Law Review*, 68, 2008, pp. 823 y ss.

los 702, 1023 ó 1685) o, por el contrario, rechaza la solución allí propuesta (por ejemplo, al comentar el artículo 1580).

Pero son los Apéndices los que, a mi juicio, constituyen el elemento fundamental del estudio e, indudablemente, allanarán el camino a investigaciones posteriores sobre puntos más concretos.

El «Appendix A» incluye una muestra del trabajo de García Goyena ofreciendo al lector, como ejemplo, las concordancias, los motivos y el comentario que siguen al artículo 105 del Proyecto⁷⁸.

El «Appendix B» presenta un completo esquema de la estructura del Proyecto de 1851 en doble versión inglesa-española⁷⁹.

El «Appendix C» ofrece, a doble columna, los artículos y áreas jurídicas en que la influencia del Código civil de Luisiana es visible en el Proyecto español tal y como se deduce de su mención en las *Concordancias*. En la columna de la izquierda se enumeran los preceptos del Código civil de Luisiana que encuentran correspondencia en los preceptos del Proyecto, presentándose éstos en la columna de la derecha⁸⁰.

Valorando el impacto global del Código de Luisiana en el Proyecto español de 1851 escribe Parise: «Appendices B and C of this article show that the Louisiana Civil Code occupied an important place in the drafting of the Spanish Project and that the drafters in Spain considered-by following or rejecting-the Louisiana text. The Spanish Project made references to the Louisiana text for almost all areas of law that were recovered in it. Among the legal dispositions not referred to in the Spanish Project, and that existed in the Louisiana Civil Code, it is possible to mention: (1) fixing the limits of and surveying lands; (2) new works, the erection of which can be stopped or prevented; (3) judicial sale; (4) compulsory transfer of property; (5) giving in payment; (6) aleatory contracts; (7) respite; (8) mortgages; (9) arbitration; (10) antichresis; (11) partnership in commendam and commercial partnerships; and (12) corporations. –In addition, the impact of the Louisiana text was reflected through the following statistics: (1) 1103 articles of the Louisiana Civil Code were mentioned in the comments to the 1992 articles of the Spanish Project; (2) twenty– four comments to the Spanish Project made general references to the Louisiana Civil Code; (3) the structure of the Louisiana Civil Code and the Spanish Project were almost identical, and even the names of many books, titles, chapters, sections, and paragraphs were the same; and (4) only eight titles, thirty-two chapters, twenty-four sections, twenty-nine

⁷⁸ PARISE, *o. c.*, p. 853.

⁷⁹ PARISE, *o. c.*, p. 854.

⁸⁰ PARISE, *o. c.*, p. 883.

paragraphs, and one preliminary title of the Louisiana Civil Code were not mentioned in the comments to the Spanish Project»⁸¹.

No sería necesario añadir nada más a lo ya dicho para constatar la influencia del Código civil de Luisiana en el Proyecto de 1851 y, a su través y en la medida de lo dispuesto en la base 1.^a de la Ley de Bases de 1888⁸², en el vigente Código civil español de 1889. Sin embargo, no se ha destacado suficientemente que la presencia del Código civil de Luisiana en el vigente Código de España, en lugar de ser sólo remota y mediata –como podría parecer– es inmediata y próxima. Ello se desprende del examen del antecedente más cercano a nuestro Código, el eslabón «perdido» que une el Proyecto de 1851 con el Código civil de 1889: el *Anteproyecto* del Código civil español de 1888. En efecto, puede llamársele «eslabón perdido» pues durante años el *Anteproyecto* fue o desconocido o confundido. Peña Bernaldo de Quirós daba noticia de su hallazgo en 1960⁸³ y lo publicaba completo con un «Estudio Preliminar», notas críticas y bibliografía en 1965⁸⁴. Recientemente –en el año 2006– ha sido reeditado por el Consejo General del Notariado⁸⁵.

El *Anteproyecto* es el término final de un trabajo de muchos años. Remota pero muy directamente –dice Peña– «empieza su historia con la elaboración del Proyecto de 1851 que es [...] más que fuente, la base sobre la que habría de trabajarse en la nueva etapa codificadora, mera continuación de los trabajos llevados entonces a cabo. Esta última etapa comienza con la elaboración del Proyecto de 1882 pues el título preliminar y los dos primeros libros del Anteproyecto coinciden con el mismo»⁸⁶. Frente al título que se da a sí misma la obra localizada por Peña («Proyecto de Código Civil») considera este autor preferible la denominación de *Anteproyecto* pues «no se

⁸¹ PARISE, *o. c.*, p. 857.

⁸² «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos cuerpos colegisladores.»

⁸³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código Civil en 30 de abril de 1888» en *Anuario de Derecho Civil*, XIII, 1960, pp. 1171 ss.

⁸⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. Centenario de la Ley del Notariado. Sección Cuarta. Fuentes y Bibliografía. V. I, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965. Es el texto que utilizo.

⁸⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. 2.^a ed. Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

⁸⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto... o. c.*, p. 8.

trata en su conjunto de un trabajo oficialmente *ultimado* por uno de los órganos que preceptivamente habrían de intervenir en la redacción sino más bien de trabajos preliminares de nuestro Código que sirvieron a su autor, la Sección de lo civil, para que oyendo –como exigía la Ley de Bases– a todos los individuos de la Comisión de Códigos llegara a formular el *texto del Proyecto* (cfr. art. 2.º de la Ley de Bases). No fue pues el Proyecto del Código civil»⁸⁷.

Para situar debidamente el *Anteproyecto* es necesario dar una breve noticia del camino que siguió el proceso codificador truncado en 1851. Dejando aparte la elaboración de numerosas leyes especiales⁸⁸ –se ha atribuido a Bravo Murillo, presidente del Gobierno y a su vez de la sección civil de la Comisión General de Códigos cuando el Proyecto de 1851 se presenta, la frase «Hagamos el Código civil por partes»– subsistía el problema foral. Para intentar resolverlo se dictó en febrero de 1880 un Real Decreto por el que se ordenaba la incorporación de representantes de los territorios forales a la Comisión General de Códigos y se establecía como método de trabajo la realización de unas memorias o estudios sobre las instituciones forales vigentes que conservasen actualidad. En marzo de 1881 reanudaba la Comisión sus trabajos. Se llegó a la conclusión de que las diferencias entre el Derecho castellano y los Derechos forales radicaban fundamentalmente en materia sucesoria y de régimen económico del matrimonio. Para facilitar la aprobación del Código evitando en lo posible su discusión en el Parlamento ideó Alonso Martínez –presidente de la sección civil de la Comisión y, a la sazón, Ministro de Gracia y Justicia– el sistema de una Ley de Bases, considerando que las Cámaras legislativas podrían establecer los principios o bases sobre los que habría de redactarse el Código pero que la redacción, por tratarse de una tarea técnica, tendría que quedar en manos de una comisión reducida y especializada. Así, presentó en 1881 un Proyecto de Ley de Bases que el Parlamento no aprobó, lo que obligó a volver al sistema habitual: en 1882 –al año siguiente– se enviaban a las Cortes el Título preliminar y los Libros I y II de un Código civil que tampoco fueron aprobados. Estos trabajos –Título Preliminar y Libros I y II– son conocidos como Proyecto de 1882.

Tres años más tarde, otro Ministro de Gracia y Justicia, Francisco Silvela, volvería al sistema de la Ley de Bases. Pero en esta ocasión con dos diferencias fundamentales: una amplia apertura respecto a lo foral y una fórmula de coexistencia entre matrimonio canónico y matrimonio civil. El Proyecto de Ley de Bases de Silvela se aprobó

⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto... o. c.*, p. 7.

⁸⁸ Ley Hipotecaria (1861), Ley del Notariado (1862), Ley de Aguas (1866), Ley de Matrimonio civil (1870).

en el Senado pero la disolución de las Cortes impidió su discusión en el Congreso. En la siguiente legislatura volvió a ser presentado, aprobándose y convirtiéndose en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Cinco meses después el Real Decreto de 6 de octubre de 1888 mandaba publicar el Código civil⁸⁹. «Resulta inaudito –dicen Díez Pícazo y Gullón– que, después de casi un siglo de intentos de codificación, el Código se redactara en el corto espacio de tiempo que media entre la Ley de 11 de mayo de 1888 y el Real Decreto de 6 de octubre de aquel año. Esta circunstancia sería inexplicable si la Comisión de Códigos no lo tuviera redactado con anterioridad y el expediente de la Ley de Bases no hubiera sido otra cosa que una manera de eliminar la discusión parlamentaria»⁹⁰.

¿Dónde, dentro de este dilatado proceso, se ubica el *Anteproyecto*? En los trabajos que la sección civil de la Comisión de Códigos había «redactado con anterioridad» y que culminarían en el Código civil. De acuerdo con Peña, quien lo justifica de modo contundente, la primera parte del *Anteproyecto* coincide en su totalidad con el Proyecto de 1882. Es decir, el Título Preliminar y los Libros I y II del *Anteproyecto* reproducen idénticas partes del Proyecto de 1882.

Pero faltaban los Libros III y IV: ¿cómo y cuando se elaboraron? El sistema para su redacción se estableció por Real Decreto de 23 de septiembre de 1882. En ello trabajó la sección civil a lo largo de los meses de octubre y noviembre del mismo año. Un cambio de ministro dio lugar a la suspensión de las sesiones hasta que, en 1884, se nombró a Francisco Silvela para la cartera de Gracia y Justicia. En marzo de ese año, dirigía el ministro al presidente de la sección civil una comunicación en la que manifestaba que «*para terminar los trabajos del Código civil, cuyos Libros I y II fueron ya presentados a las Cortes, es la voluntad de S. M. que la Sección proceda a redactar el III y IV [...], expresando su deseo de que el Código civil pueda presentarse completo a las Cortes en alguna de las sesiones de este año*»⁹¹.

El Libro III estaba terminado a comienzos de diciembre de 1884. En enero de 1885, Silvela presenta a las Cortes no el Proyecto de Código civil completo sino un nuevo Proyecto de Ley de Bases en cuyo Preámbulo explicaba el carácter de los trabajos que se estaban llevando a cabo: era *una sencilla continuación* de los trabajos de codificación de 1881 y 1882⁹². Mientras los trabajos de redacción del *Anteproyecto* continuaban, en las Cortes se seguía con el trámite

⁸⁹ El debate habido en las Cámaras acerca de la adecuación del articulado del Código a lo dispuesto en la Ley de Bases dio lugar a una segunda edición del Código civil que incorporó las enmiendas y adiciones que allí se propusieron. Esta segunda edición fue publicada por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁹⁰ Díez-PICAZO y GULLÓN, *o. c.*, p. 57.

⁹¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto... o. c.*, pp. 12-13.

⁹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto... o. c.*, p. 13.

de aprobación de la Ley de Bases presentada por Silvela, quien había sido sustituido de nuevo por Alonso Martínez. Probablemente a finales de 1887 estaba concluida la redacción del *Anteproyecto*. En todo caso, «el Anteproyecto estaba terminado en 30 de abril de 1888, pues por Real Orden de esa fecha disponía el Ministro de Gracia y Justicia que los individuos de la Comisión de Códigos remitieran sus observaciones a todos los libros de aquél redactados por la Sección de lo civil y repartidos impresos a dichos individuos»⁹³.

Es claro pues el valor que el texto del *Anteproyecto* tiene a la hora de determinar el origen de los preceptos que componen el vigente Código civil español. Y es precisamente aquí donde volvemos a encontrar el Código civil de Luisiana.

En la parte que coincide con el Proyecto de 1882 (Título Preliminar, Libros I y II), el texto del *Anteproyecto* no ofrece indicación alguna sobre sus antecedentes. Pero, la intervención de Alonso Martínez ante las Cortes al presentar el Proyecto de 1882 —coincidente, vuelvo a reiterarlo, con la primera parte del *Anteproyecto*— desvela la influencia constante en él del Proyecto de 1851⁹⁴. No es necesario insistir en la presencia del Código civil de Luisiana en el referido Proyecto español.

¿En qué fuentes se basan los Libros III y IV, integrantes de la mayor parte del *Anteproyecto*? El texto del *Anteproyecto* indica habitualmente tras cada artículo cuáles fueron sus fuentes de inspiración precisando a veces la medida de su influencia. Se trata de indicaciones concisas: al final del precepto, entre paréntesis, se señalan los artículos del Código, Ley o Proyecto concordante simplemente o anotando que están «modificados», «muy modificados», «modificados conforme al artículo», etc.

Pues bien, el Proyecto de 1851 es la fuente española más frecuentemente citada y seguida. Desde que se reanudó la actividad codificadora se pensó que el nuevo Código debía apoyarse como en su base en el Proyecto. Así, por ejemplo, aparecía en el malogrado Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez⁹⁵ y con esa idea se redactó el *Anteproyecto*, que cumplía por anticipado con los requerimientos que después exigiría la Ley de Bases de 1888⁹⁶. Considerando estos datos, la conclusión de Peña es definitiva: «El Proyecto de 1851 no es pues un mero intento frustrado de codifica-

⁹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto... o. c.*, p. 14.

⁹⁴ La intervención completa está transcrita en nota a pie de página en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto... o. c.*, p. 55.

⁹⁵ «Se autoriza al Gobierno para publicar como Ley del Reino el proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851 con las modificaciones...» (art. 1.º).

⁹⁶ «El Código tomará como base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en este el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio...» (Base 1.ª). Vid. el texto completo en la nota 81.

ción. El Anteproyecto le seguía en general, si bien también se introducen novedades o modificaciones ya para volver al Derecho histórico patrio ya para acoger soluciones de cuerpos legales extranjeros. El mismo Código vigente a veces abandona la nueva redacción que a algún artículo da el Anteproyecto para volver a la del Proyecto de 1851. Biológicamente bien puede considerarse que el Proyecto de 1851 es el Código civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración. A la vista del Anteproyecto queda robustecido el valor que para la interpretación del Código tiene el Proyecto de 1851 y las *Concordancias* de García Goyena»⁹⁷.

Los libros III y IV del *Anteproyecto* citan constantemente preceptos procedentes de cuerpos legales extranjeros «para dar autoridad al precepto que se propone»⁹⁸. Y, concretamente, los Códigos civiles ya existentes al tiempo de la redacción del Proyecto de 1851 se citan, las más de las veces, siguiendo las *Concordancias* de García Goyena. Es exactamente lo que ocurre con el Código civil de Luisiana.

Según el estudio de Peña, que clasifica los códigos extranjeros presentes en el *Anteproyecto*, el Código civil de Luisiana ocupa el cuarto lugar entre los Códigos del grupo francés más frecuentemente citados: sigue al Código italiano, al Anteproyecto belga de Laurent y al Código holandés y precede al Código del cantón suizo de Vaud⁹⁹. En todo caso hay que destacar que, aunque por la cronología, el legislador español de 1889 pudo tener a la vista el Código de Luisiana en su revisión de 1870, como el *Anteproyecto* lo cita a través de las *Concordancias* de García Goyena es el Código de 1825 el que hay que tener en cuenta como fuente¹⁰⁰.

Tomemos, a modo de ejemplo, algunos de los preceptos reguladores del saneamiento en caso de evicción situados en la Sección tercera (*Del saneamiento*), Capítulo cuarto (*De las obligaciones del vendedor*), Título IV (*Del contrato de compra y venta*), Libro IV (*De las obligaciones*), tal y como aparecen en el *Anteproyecto*:

Art. 1502: Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia judicial y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. –El vendedor responderá de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato. – Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor. (1.398 Proy.; 1.626 y 1.627 francés; 1.156 y 1.159 Vaud; 1.526 y 1.527 hol.; **2.437 y 2.479 Luisiana**; 1.838 y 1.839 chil.; 1.482 y 1.483 ital.; 1.604 y 1.606 mej.)

⁹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...* o. c., p. 26.

⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...* o. c., p. 30.

⁹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...* o. c., p. 33.

¹⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...* o. c., p. 33, nota 99.

Art. 1503: Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiera mala fe de su parte. (1.399 Proyecto; 1.628 francés; 1.528 hol.; 1.158 Vaud; **1.480 Luisiana**; 1.842 chil.; 1.484 ital.; 1.607 mej.)

Art. 1504: Cuando el comprador hubiere renunciado el derecho al saneamiento para caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiere renunciado con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias. (1.400 Proy.; 1.629 francés; 1.530 hol.; 1.559 Vaud; **2.481 Luisiana**; 1.852 chil.; 1.485 italiano; 1.609 mej.)¹⁰¹

A su vez, los artículos 1502, 1503 y 1504 del *Anteproyecto* se corresponden respectivamente con los artículos 1475, 1476 y 1477 del vigente Código civil español.

Véase, entonces, cómo a través del *Anteproyecto*, la presencia del Código civil de Luisiana de 1825 en el Código civil español queda visiblemente reforzada.

V. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

Las investigaciones futuras sobre esta materia no podrán prescindir, al menos como punto de partida, de los trabajos de Parise, Lacruz y Peña mencionados en esta comunicación. El estudio de Parise permite establecer la correspondencia, precepto a precepto, entre el Código de Luisiana de 1825 y el Proyecto español de 1851; la edición de las *Concordancias* de García Goyena preparada en 1973 por el Profesor Lacruz, con sus tablas de concordancia finales, nos lleva desde el articulado del Proyecto de 1851 al del vigente Código civil de España; el trabajo de Peña, por su parte, facilita el rastreo de los antecedentes inmediatos de cada uno de los preceptos del Código de 1889 donde –en número muy importante y como acabamos de ver– aparece el Código civil de Luisiana.

A través del sistema de «pasarelas» que estos trabajos delimitan es posible transitar de un cuerpo legal a otro y, por lo mismo, no es difícil advertir el nexo que –doscientos cinco años después– sigue uniendo a Luisiana con España.

¹⁰¹ En las notas que completan el articulado del *Anteproyecto* ofrece PEÑA el texto completo, traducido al español, de los preceptos extranjeros citados como fuente. La obra de referencia para el caso de Luisiana es el *Code Civil de la Louisiane*, publié par un citoyen de la Louisiane, 1825. En los que casos que expresamente indica se sirvió del *Civil Code of the State of Louisiana*, published by a Citizen of Louisiana, 1825 pues, como declara, a partir de un cierto momento sólo le fue posible utilizar el texto inglés.

La resarcibilidad del *mayor daño* sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Doctor europeo en Derecho

Profesor Colaborador de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN

En las obligaciones pecuniarias, la mora del deudor se presume iuris et de iure que causa un perjuicio al acreedor, que en principio habrá de indemnizarse a través de los intereses moratorios y que se cuantifica con carácter general por el artículo 1.108 del Código Civil en el tipo de interés legal, siempre que no se hayan establecido otros intereses moratorios, convencionalmente o por una norma específica. Sin embargo, se plantea la cuestión de si esos intereses absorben todos los posibles daños y perjuicios que la mora del deudor puede provocar al acreedor, o por el contrario éste puede alegar haber sufrido un daño superior al cubierto por los intereses legales y, probándolo, reclamar su indemnización, además de los intereses legales moratorios. Dicho problema, el denominado del mayor daño, será el objeto de estudio de este trabajo.

Si bien inicialmente la doctrina ha mantenido una posición contraria al resarcimiento del mayor daño, en la actualidad puede considerarse predominante la postura favorable al mismo, al igual que en otros países de nuestro entorno (en muchos de los cuales, incluso normativamente) y asimismo en la jurisprudencia (aunque ésta con mayores reticencias).

PALABRAS CLAVE

Obligaciones pecuniarias, mora del deudor, intereses moratorios, tipo de interés legal, daños y perjuicios, indemnización, mayor daño.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El problema del mayor daño:* 1. PlanTEAMIENTO de la cuestión. 2. El origen de la doctrina contraria al *mayor*

daño. 3. La admisión del *mayor daño* en el Derecho comparado. 4. La posición de la doctrina española: A) Corriente opuesta al resarcimiento del *mayor daño*. B) Corriente favorable a la indemnización del *mayor daño*. 5. Nuestra posición sobre la resarcibilidad del *mayor daño*. 6. Posición de la jurisprudencia española.—*Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En las obligaciones pecuniarias, la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación, continuando con el disfrute del capital más allá de lo establecido en la misma, se presume *iuris et de iure* que causa un perjuicio al acreedor, perjuicio que en principio habrá de indemnizarse a través de los intereses moratorios. Esa indemnización se cuantifica con carácter general por el artículo 1.108 del Código Civil en el tipo de interés legal, siempre que no se hayan establecido otros intereses moratorios, ya sea convencionalmente ya por una norma específica.

Un importante problema que se plantea en este punto, respecto a los intereses moratorios de las deudas pecuniarias, es el denominado del *mayor daño* o del *daño excedente*, es decir, si esos intereses previstos por el artículo 1.108 del Código Civil absorben todos los posibles daños y perjuicios que la mora del deudor puede provocar al acreedor, o por el contrario éste puede alegar haber sufrido un daño superior al cubierto por los intereses legales y, probándolo, reclamar su indemnización, además de los intereses legales moratorios. Dicho problema será el objeto de estudio de este trabajo.

II. EL PROBLEMA DEL MAYOR DAÑO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Se considera por el legislador que el dinero es un bien que, por su naturaleza, produce siempre unos frutos (los intereses), y sobre esa base presume en las obligaciones pecuniarias que la mora produce al acreedor un daño, por no haber podido disfrutar a tiempo del capital y por tanto no haberse beneficiado de sus frutos, es decir, los intereses que de haber tenido el acreedor ese capital en

tiempo oportuno le hubiera estado devengando a su favor. Como dijimos, la indemnización se traduce a falta de pacto en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.108 del Código Civil, en el pago de los intereses convenidos o, en su defecto, del interés legal. De ello se derivan dos consecuencias.

La primera es que, como se ha señalado por la doctrina¹, en la medida en que se tiene esta presunción legal de existencia de daño, el acreedor pecuniario es en cierto modo un acreedor privilegiado, al que se le dispensa tanto de la prueba de la relación de causalidad entre daño y mora como de la existencia del propio daño sufrido². Ello es debido a la oportunidad, considerada por el legislador, de ayudar al acreedor dañado, aliviándole de la carga de la difícil prueba de la existencia y cuantía del daño que se le ha producido por la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación (de otro modo, debería probar el específico empleo del capital que hubiera podido hacer, y su resultado útil): se considera que, a causa de la dinámica del sistema financiero, en las obligaciones pecuniarias la mora produce un daño siempre³, de modo que salvo pacto en contrario se deben intereses moratorios en todo caso de mora, independientemente de que el acreedor pruebe haber sufrido un daño⁴. Con ello se busca un sistema indemnizatorio caracterizado por una extrema simplicidad de aplicación, especialmente importante en relación con las obligaciones pecuniarias, las de mayor difusión⁵.

Sin embargo —y he aquí la segunda consecuencia—, ello plantea el problema de si, a cambio de ese «privilegio» o norma de *favor creditoris* de tener un daño presumido legalmente y fijado a través de la noción de intereses moratorios, y debido a las posibles dificultades y discusiones que crearía la reclamación del daño concreto sufrido (al tener el dinero un uso general, el daño

¹ Así, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 636; y MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 138; y en la doctrina italiana DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª ed., Vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, 1979, p. 470; e INZITARI, Bruno, «Interessi e maggior danno», en *La moneta* (Vol. VI del *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco GALGANO), Ed. CEDAM, Padua, s. f. (1983), p. 223.

² Es más, le pareció tan evidente al legislador la dispensa al acreedor de la prueba del daño por la cuantía de los intereses legales, que en la 2.ª ed. del CC se suprimió el párrafo final del art. 1.108, que en su primera versión decía: «*En ninguno de estos casos se exigirá al acreedor la prueba de los perjuicios*».

³ La mora del deudor perjudica el interés del acreedor en la puntualidad en el cumplimiento, que permite la utilización tempestiva del capital (cfr. DE CUPIS, *loc. cit.*).

⁴ Vid. GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, T. I, 2.ª ed., Ed. CEDAM, Padua, 1993, p. 82.

⁵ Cfr. INZITARI, «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 221.

por su privación puede variar, según los individuos, hasta el infinito)⁶, el acreedor pecuniario no habría de pasar por el hecho de que esos intereses constituyan una indemnización *a forfait* de carácter fijo⁷, de modo que quedaría excluida la posibilidad de que pudiera reclamar una indemnización mayor o bien una indemnización complementaria a los intereses moratorios (convencionales o legales) por ese daño superior que hubiese sufrido, suponiendo así una excepción al régimen general de responsabilidad⁸. Es lo que la doctrina ha denominado el problema del *mayor daño*.

En cuanto a lo que podríamos denominar, por contraposición, «problema del *menor daño*», hay unanimidad en la doctrina⁹ en considerar que, a falta de pacto, los intereses moratorios legales constituyen un tope mínimo (mientras que, en cambio, el problema del *mayor daño* se plantearía en torno a si también conformarían un tope máximo), dada la expresión legal del artículo 1.108 [«la indemnización de daños y perjuicios (...) consistirá (...) en el interés legal», luego la cantidad que se otorgue ha de incluir, como mínimo, esos intereses legales]. De esta forma, salvo pacto en contrario, el deudor moroso no podrá probar que se le hayan

⁶ Precisamente, algunos autores (así, MARTÍN MELÉNDEZ, *La indemnización del mayor daño...*, *op cit.*, pp. 171-172; MESSA, Gian Carlo, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, 2.ª ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1932, pp. 177-178; y NUSSBAUM, Arthur, *Teoría jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 137) consideran que el objetivo perseguido por el legislador sería sólo la simplificación de la prueba de los daños en relación con las obligaciones pecuniarias, de modo que si surge un privilegio del acreedor —en cuanto que no tiene que probar la existencia de esos daños y la relación de causalidad que ha llevado a ellos— es como efecto indirecto y no porque ese fuera su objetivo, cuando precisamente el legislador perseguía obtener un equilibrio entre deudor y acreedor: a cambio de la reducción de la indemnización al interés legal (beneficio del deudor) el acreedor no tendrá que probar nada (lo que le beneficia a él), porque su pérdida es evidente o al menos se presume así (cfr. al respecto GARCÍA GOYENA, Florencio, Comentario al art. 1.017, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. 544).

⁷ Cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de BUEN, T. III, 4.ª ed. española (reimpr.), revis. por Manuel BATLLE, Ed. Reus, Madrid, 1987, p. 53.

⁸ Vid. arts. 1.101 y 1.902 CC, sobre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, respectivamente.

⁹ Así, cabe citar por ejemplo a LACRUZ y otros, *Derecho de obligaciones* (T. II de los *Elementos de Derecho Civil*), Vol. 1.º, 3.ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 208; MARTÍN MELÉNDEZ, Comentario a la STS de 21-12-1998, *CCJC*, n.º 50, abril-agosto 1999, p. 728, y *La indemnización del mayor daño...*, *op cit.*, pp. 137-138; y ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 21 y 129-130; y en la doctrina extranjera BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III, 2.ª ed. (reimpr.), Ed. Giuffrè, Milán, 1964, p. 495; BIANCA, C. Massimo, Comentario al artículo 1.224, en *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Libro IV, arts. 1218-1229, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, p. 299; y DE CUPIS, *Il danno*, *op. cit.*, pp. 477 y 480-481.

causado al acreedor unos daños inferiores a la cuantía de los intereses legales (o que no los hubo en absoluto) para de esa manera indemnizarle en esa inferior cuantía. En cualquier caso, será un problema de escasa producción práctica, porque difícilmente se le podrán irrogar al acreedor que se ve privado de su dinero unos daños inferiores a la obtención de los intereses legales por el mismo ¹⁰.

Como excepción a lo dicho, el propio artículo 1.108 excluye su aplicación en los supuestos en que las partes hayan acordado otra cosa, pues entonces cabe presumir que las partes han pretendido liquidar con carácter previo toda consecuencia patrimonial derivada del incumplimiento, por lo que en tales casos habrá de estarse a tal pacto ¹¹.

Tal pacto podrá establecer unos intereses inferiores a los legales, atenuando la responsabilidad del deudor moroso respecto a la que correspondería de no haber existido el pacto (intereses legales), o bien señalar unos intereses superiores, agravando tal responsabilidad ¹², o establecer una limitación o incluso exoneración ¹³ de la res-

¹⁰ Alberto MONTEL [en «*Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les Obligations)*», *RTDC*, T. XXXI, 1932, nota 1 a las pp. 1024-1025] llega a negar la posibilidad de que esa prueba de un daño inferior pueda presentarse en la práctica.

¹¹ Cfr. en Italia la *Relazione del Guardasigilli*, n.º 570. En el mismo sentido, BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado*, trad. de la 6.ª ed. italiana por Santiago SENTÍS MELENDO, Vol. III, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pp. 91-92; DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Ed. UTET, Turín, 1970, p. 888; MARINETTI, Giuseppe, «Interessi (Diritto civile)», *Novissimo Digesto Italiano*, T. VIII, Ed. UTET, Turín, 1962, p. 870 (que en tal sentido señala que cabe «*la prova del maggior danno ed il diritto all'ulteriore risarcimento, se gli interessi moratori non hanno fonte convenzionale*»; las negritas son nuestras); y en nuestra doctrina ORDÁS, *El interés de demora*, op. cit., pp. 21, 47 y 130-131.

No obstante, esta afirmación, sobre todo cuando el tipo de interés convencional es inferior al legal, ha de ser tomada *cum grano salis* en función de las circunstancias, pues difícilmente puede defenderse la presunción de que el acreedor aceptara de antemano el resarcimiento del daño en la menor medida convenida cuando esa *minoría* no lo era en el momento del convenio, sino que se ha producido por una variación posterior al alza de los tipos de interés. No consideramos que pueda exigirse a los acreedores el tener facultades adivinatorias (máxime si esa subida de tipos no era previsible en el momento de contratar) ni que pueda presumirse la existencia de una renuncia a la diferencia en caso de que el daño que efectivamente sufran sea superior al acordado. Otra cosa conllevaría a que los acreedores terminaran estableciendo una hiperinflación de los tipos moratorios convencionales (sobre todo en épocas de elevada fluctuación de tipos), a fin de poder cubrir todas las posibles subidas posteriores.

¹² No obstante, en caso de agravación de la responsabilidad habrán de tenerse en cuenta en su caso las limitaciones impuestas tanto por la Ley de Usura como especialmente por el TRLGDCU, en cuanto que éste impone un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y específicamente la inexistencia de perjuicio del consumidor o usuario (por lo que cabría una agravación en beneficio del consumidor, pero no en su perjuicio): arts. 80.1.c) y 82.1.

¹³ En tal caso debe tenerse en cuenta la prohibición de la renuncia a reclamar la responsabilidad por dolo del art. 1.102 CC. Asimismo, ha de tenerse presente la existencia de una norma similar en el ámbito del Derecho del consumo: el art. 86.1 TRLGDCU con-

ponsabilidad por la mora¹⁴. Asimismo, las partes pueden pactar que la indemnización consista en una cantidad fija o a tanto alzado, que en función de sus características podrá tener la naturaleza de cláusula penal¹⁵. Por otra parte, el pacto podrá ser tanto expreso como tácito, cuya existencia podría derivarse de las circunstancias concretas¹⁶, como sería el caso de que en el momento del contrato el acreedor hubiera destacado al deudor el daño especial que le causaría el retraso en el cumplimiento y conocido esto el deudor no hubiera hecho ninguna declaración al respecto, sino que hubiera aceptado una obligación genérica de resarcimiento de daños¹⁷.

En este punto la doctrina se divide, existiendo autores¹⁸ que excluyen la cuestión del *mayor daño* sólo con que haya unos intereses convencionales, sean moratorios o no, mientras otros¹⁹ limitan la excepción al caso de intereses convencionales específicamente pactados para el caso de mora (salvo que las propias partes hayan convenido expresamente la posibilidad del ulterior resarcimiento del daño superior a esos intereses moratorios convencionales), manteniéndose en cambio la resarcibilidad del *mayor daño* en los supuestos en que el mismo supere los intereses convenidos con carácter retributivo (y que asumen una función de intereses moratorios).

Por nuestra parte, consideramos que la respuesta no puede darse apriorísticamente, sino que dependerá del alcance que las partes hayan querido dar en cada caso a esos intereses convencionales: el

sidera como cláusula abusiva –y, por tanto, nula: ex art. 83.1– «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. / En particular las cláusulas que (...) limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

¹⁴ Por supuesto, también podrán establecer un pacto de remisión directa a los intereses legales o bien establecer unos intereses que coincidan con los legales en su cuantía, pero dado que en tal caso coincidiría la responsabilidad del deudor moroso con la que igualmente correspondería de no haber existido el pacto, prescindiremos de este supuesto.

¹⁵ Cfr. art. 1.152 CC.

¹⁶ Así, GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 2.ª ed. (reimpr.), Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1977, p. 191; y MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷ En tal sentido, MESSA, *loc. cit.*

¹⁸ Como BARBERO, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 91-92; y, en nuestra doctrina, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XV, Vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, p. 836.

¹⁹ Así, BIANCA, Comentario al art. 1.224, *op. cit.*, pp. 299 y 302-305; LIBERTINI, Mario, «Interessi», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXII, Ed. Giuffrè, Milán, 1972, p. 129; MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, p. 82; y RICCIO, Domenico, «Gli interessi moratori usurari», *Rivista giuridica di Molise e Sannio*, Vol. 3-2004, pp. 43 y 50-51; y en nuestra doctrina ORDÁS, *El interés de demora*, *op. cit.*, pp. 21, 47 y 130 (para la que no cabría probar la necesidad de una indemnización complementaria si los intereses moratorios tuvieran un origen convencional, porque prevalecería el principio de libertad comercial). Implícitamente, INZITARI, «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 224; y VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: effets* (T. V del *Traité de droit civil* dir. por Jacques GHESTIN), Ed. L. G. D. J., París, 1988, pp. 335-336.

régimen convencional sustituye al legal, pero éste será aplicable a los supuestos de infracción no previstos o que, previstos, no se hubiere concretado en qué habría de consistir la indemnización²⁰. En principio, sólo cuando las partes hayan previsto la posibilidad del *mayor daño* en la fijación de los intereses cabe entender que es aquél absorbido por estos. En el supuesto de que las partes hayan previsto la indemnización correspondiente a cada caso no habría problema, pero si sólo contemplan unos intereses moratorios *ordinarios* entendemos que no debe considerarse que absorben el posible *mayor daño*, ya que sólo se habrían previsto para el resarcimiento del daño *ordinario* derivado de la mora. Si únicamente se contemplaran unos intereses retributivos, entendemos que los mismos –si son superiores a los legales– se extenderán al momento posterior a la mora como intereses moratorios, pero sin que pueda tampoco entenderse que absorben el posible *mayor daño*, ya que las partes en ningún momento pretendieron con esos intereses resarcir *todo* posible daño. De esta forma, consideramos que sólo en caso de una específica previsión de las partes al respecto podrá entenderse que los intereses convencionales excluyen la posibilidad de la reclamación del *mayor daño*.

La cuestión del *mayor daño* persiste en caso de falta de previsión de las partes al respecto, observándose en el Derecho comparado una clara tendencia a admitir su resarcimiento. No obstante, no deja de haber autores, desde la época codificadora y en la actualidad, contrarios a ese resarcimiento.

2. EL ORIGEN DE LA DOCTRINA CONTRARIA AL *MAYOR DAÑO*

El grupo doctrinal contrario a la admisión del *mayor daño* se remonta a las posiciones de Pothier y sobre todo Domat.

Pothier²¹ reconoce el deber del deudor, «si el daño que el retardo ha causado al acreedor es más grande que esos intereses», de indemnizar al acreedor de «todos los perjuicios que él sabe que le ha causado por su injusta retención; pues no basta que pague los intereses desde el día de su resistencia», aunque «otra cosa es cuando no hay dolo por la parte del deudor en su demora». Sin embargo, ello es «según las reglas del fuero de la conciencia», es decir,

²⁰ Igualmente, MANRESA Y NAVARRO, José María, Comentario a los artículos 1.108 y 1.109, *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel MORENO MOCHOLÍ, T. VIII, Vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 245-246.

²¹ POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, núm. 172, p. 101.

como obligación natural, pues niega al acreedor todo derecho jurídicamente exigible a la indemnización de un mayor daño, incluso procedente de dolo: «ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses»²².

Domat²³—siendo seguido por Mucius Scaevola— parte de la distinción entre los «intereses» y los «daños y perjuicios» como diferentes clases de indemnización, correspondiendo el pago de los primeros al deudor de una cantidad por razón del daño que cause a su acreedor, y señala que mientras «las otras especies de daños son indefinidas, y se extienden o limitan diversamente al prudente arbitrio del Juez, según la calidad del hecho y demás circunstancias», el deudor de una cantidad «no estará obligado a indemnizar indefinidamente todos los daños a que haya dado margen con su falta de pago, y sí sólo al de los intereses determinados por la ley»²⁴.

Sin embargo, nos encontramos con que la norma que limita los daños y perjuicios derivados de la mora en obligaciones pecuniarias a los intereses legales se derivaría realmente de una mala interpretación de las fuentes del Derecho romano. En el *Digesto*, un texto de Hermogeniano establece que el comprador que se encuentre en mora en el pago del precio de venta no está obligado a todo lo que el vendedor habría ganado si hubiera recibido tempestivamente el dinero debido, sino sólo al interés²⁵. Sobre esta base, algunos antiguos autores²⁶ enunciaron el principio general de que el acreedor de una suma de dinero, fuera cual fuera el perjuicio sufrido por la inexecución de la obligación por su deudor en mora, no podría reclamar todos los daños y perjuicios, sino sólo el interés legal sobre la suma debida. Esta interpretación del texto romano, evidentemente errónea (el precepto justiniano se refiere a la exclusión de *daños hipotéticos* por falta de pago del precio *en la compraventa*, sin que nada justifique su extensión—máxime si tenemos en cuenta que las limitaciones de derechos han de interpretarse restrictivamente— más allá de la compraventa y respecto de daños demostrables), fue a su vez el fundamento sobre el que Domat y Pothier construyeron una teoría entera sobre la materia,

²² POTHIER, *op. cit.*, núm. 170, p. 101.

²³ DOMAT, *Las leyes civiles*, cit. por MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, Comentario a los artículos 1.106 a 1.108, *Código civil*, T. XIX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1902, pp. 565-569.

²⁴ Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, Comentario a los arts. 1.106 a 1.108 CC, *op. cit.*, pp. 566-567.

²⁵ D., 18, 6, 20 (19): «Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit».

²⁶ Como NOODT, *Opera omnia*, lib. II c. VI, cit. por BALIS, Georges, «Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent», *Rev. Cr. Lég. Jur.*, T. LIV, 1934, p. 97, nota 2.

que pasó al artículo 1.153 del *Code Napoléon*, y de éste a nuestro 1.108. Esta posición restrictiva fue admitida también por el ALR prusiano de 1794²⁷ y más tarde por el Código Civil austriaco (*ABGB*) de 1811²⁸, mientras que ha sido rechazada por las codificaciones más recientes (suiza, alemana, el nuevo Código Civil italiano...).

3. LA ADMISIÓN DEL MAYOR DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO

En **Italia** la doctrina actual²⁹, con base en el segundo párrafo del artículo 1.224 del *Codice civile*³⁰, admite que el acreedor pueda probar haber sufrido un daño superior al resarcible según el tipo de

²⁷ Theil I, Titel XI, §§ 833-834: «833. *Außer den Zögerungszinsen kann der Gläubiger für den durch den Verzug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütung fordern*» («Aparte de los intereses moratorios, el acreedor no puede exigir otra indemnización por los perjuicios que se le hayan causado por el retraso del deudor»), «834. *Hat jedoch der Schuldner, bey vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen, oder der Conventionalstrafe, den Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen*» («Sin embargo, si el deudor con medios de pago suficientes hubiera retrasado el pago a propósito o por error grave, el acreedor puede pedir la indemnización de los daños efectivos que se le hayan causado, en vez de los intereses moratorios o la pena convencional»).

²⁸ § 1.333 (en la actualidad, 1.º párrafo): «*Der Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat, wird durch die gesetzlichen Zinsen vergütet*» (es decir, «El daño que el deudor ha producido a su acreedor por el retraso en el pago de una reclamación pecuniaria se indemnizará a través de los intereses legales»). Sin embargo, con posterioridad se ha añadido un tercer párrafo a este precepto que cambia radicalmente su orientación: «*Der Gläubiger kann außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen*»; o sea, «El acreedor puede además de los intereses legales reclamar también la indemnización de otros daños culpa del deudor y superiores a aquéllos, en especial los costes necesarios de medidas de ejercicio o gestión extrajudicial correspondientes a esa finalidad, en cuanto estos estén en una proporción adecuada a la reclamación en curso».

²⁹ Así, entre otros, además de los ya citados en el texto, BARBERO, *Sistema...*, op. cit., p. 91; BIANCA, Comentario al art. 1.224, op. cit., p. 297; DE CUPIS, *Il danno*, op. cit., pp. 472-473 y 476-478; DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, op. cit., p. 868; INZITARI, «Interessi e maggior danno», op. cit., pp. 224-225, e «Interessi», op. cit., pp. 601-605, en especial 603-604 (y en *Profilo...*, op. cit., pp. 296-305, especialmente 302-303); GALGANO, *Diritto civile...*, op. cit., pp. 82-83; y QUADRI, Enrico, «Gli interessi», en *Le obbligazioni pecuniarie*, de *Obbligazioni e contratti*. T. I, Vol. 9 del *Trattato di diritto privato*, dir. por Pietro RESCIGNO, Ed. UTET, Turín, 1984, pp. 214-215.

Antes incluso, bajo la vigencia del *Codice* de 1865, no faltaban voces que aceptaban el resarcimiento del mayor daño, sobre todo en caso de dolo del deudor. ASÍ, ASCARELLI, Tullio, «Limiti di applicabilità dell'art. 1231 Codice civile», *Riv. dir. comm.*, Vol. XXVIII-I, 1930, pp. 392-393 (que no obstante limita esa posibilidad al ámbito mercantil, excluyéndola del civil); GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, op. cit., pp. 187-188 y 191-193; y MONTEL, «Considérations sur la réparation...», op. cit., pp. 1018-1019. Igualmente, puede citarse la S. de la *Corte di Cassazione* de Turín de 14 de julio de 1885.

³⁰ «*Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori.*»

interés legal³¹, salvo que la medida de los intereses moratorios haya sido convenida entre las partes, bien porque, de haber obtenido su restitución tempestivamente, habría podido emplear el capital que le es debido a un tipo de interés superior al legal; o bien que ha debido adquirir bienes en condiciones más onerosas por la dilación en el pago impuesta por el incumplimiento de su deudor³²; o, incluso, en casos extremos, que el incumplimiento del deudor le ha provocado incurrir en situaciones concursales o de insolvencia...³³

Para Barassi³⁴, si se admite que el interés legal moratorio es el precio por el uso del dinero se debería lógicamente permitir al acreedor probar que ha sufrido otros daños no cubiertos por el interés legal. En ese sentido, una vez eliminado históricamente el «techo legal» de los límites de cuantía en los pactos de intereses, con la única restricción de las leyes de usura y de protección de los consumidores, la atribución al acreedor pecuniario únicamente de los intereses moratorios en caso de retraso en el cumplimiento se mostraba como sustancialmente inadecuada y anacrónica³⁵.

De esta forma, de acuerdo con la antigua distinción entre daños «comunes» y daños «propios» (especiales, que sólo se verifican en algunos casos), se podría entender que el tipo legal sólo contempla los daños comunes, que por otra parte se presumirían siempre, *iuris et de iure*, dejando al acreedor la posibilidad de probar la concurrencia de daños propios, de los cuales habrá de ser también resarcido³⁶.

En esa línea, ya Giorgi³⁷ entendía que el límite que viene determinado por los intereses legales se aplica sólo al daño común, que la ley presume siempre y que se presume igual para todos, «*porque el empleo del dinero al fruto legal está (...) en patentia propinqua de todos*», pero de darse que en una determinada obligación sufriese el acreedor otras pérdidas o se privase

³¹ Adolfo DI MAJO («Obbligazioni pecuniarie», *Enciclopedia del Diritto*, T. XXIX, Ed. Giuffrè, Milán, 1979, p. 290) critica al art. 1.224 del *Codice* que en él se produciría una contradicción por la coexistencia de la obligación abstracta de intereses (1.º párr.) con las reglas generales de la responsabilidad contractual por daños (2.º párr.), es decir, de dos normativas que responden a principios diversos y técnicamente diferenciados.

³² Como, por ej., si los ha debido adquirir con pago aplazado (y por tanto en condiciones más onerosas), cuando hubiera podido pagar al contado de no haberse producido el incumplimiento del deudor y haber dispuesto de la suma que le es adeudada.

³³ Cfr. BIANCA, Comentario al art. 1.224, *op. cit.*, pp. 295-296; DE CUPIS, *Il danno*, *op. cit.*, p. 473; QUADRI, «Gli interessi», *op. cit.*, p. 215.

³⁴ BARASSI: *La teoria generale...*, *op. cit.*, pp. 494-495.

³⁵ En tal sentido, INZITARI: «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 227.

³⁶ En ese sentido ya se pronunciaban, bajo la vigencia del antiguo Código italiano, GIORGI (*Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 187) y MONTEL («Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pág. 1019). Posteriormente, PROSPERETTI: «Introduzione al problema...», *op. cit.*, pp. 7-8.

³⁷ GIORGI: *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 191.

de ganancias superiores al interés legal también debería ser resarcido de ello.

No obstante, aquí debe de tenerse especial cuidado con el nexo de causalidad entre la mora del deudor y el daño sufrido: si el acreedor, por falta de numerario debida al incumplimiento del deudor, no puede aprovecharse de un negocio ventajoso, o incluso pagar a sus propios acreedores, se trataría de daños (de modo más preciso, lucro cesante y daño emergente, respectivamente) que el acreedor no podría reclamar de su deudor: el incumplimiento del deudor solamente *ha concurrido* en la provocación del estado de dificultad financiera del acreedor, que derivaría de múltiples causas, y que es lo que ha originado los referidos daños, de modo que no habría una relación de causalidad directa e inmediata entre incumplimiento y daño, sino sólo indirecta y mediata³⁸.

En cambio, la mayoría de la antigua doctrina italiana³⁹ sostenía la opinión contraria (el *Codice* de 1865 no contenía previsión al respecto), sobre la base de que:

a) El interés moratorio supone una liquidación *a forfait* de carácter fijo, de modo que aunque los daños sean efectivamente

³⁸ Cfr. GALGANO, *Diritto civile...*, *op. cit.*, p. 78.

³⁹ En tal sentido, POLACCO, *Obbligazioni*, pp. 646 ss., y MODICA, *I danni interessi compensativi*, Turín, 1913 (todos cit. por BARASSI, *La teoria generale...*, *op. cit.*, p. 494, nota 2); LOMONACO, Giovanni, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (Parte X de *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*), Vol. 1, 2.^a ed., Eds. Eugenio Marghieri/UTET, Nápoles/Turín, 1912, pp. 528-534; MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, pp. 176-185 (si bien *in iure condendo* se pronuncia a favor de una cierta flexibilización del sistema —en tal sentido, dice que «*s'imporebbe pertanto, l'adozione di un tasso mobile o meno rigido, atto a meglio conformarsi alle condizioni mutevoli del mercato finanziario*»—, sobre todo en relación con los daños sufridos por las bajas en el cambio de divisas en las obligaciones en moneda extranjera; *loc. cit.*, pp. 409-416); y SCADUTO, Gioachino, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1924, p. 120 (refiriéndose específicamente a la devaluación monetaria, dice que «*secondo il nostro ordinamento i danni derivanti dalle oscillazioni di valore sono compresi negli interessi moratori*»). A favor, en cambio, estaban los autores *cits. supra*, en el segundo párrafo de la nota 29).

Una posición intermedia adoptaba Roberto de RUGGIERO (*Instituciones de derecho civil*, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 54 y nota 2 de esa página), pues si bien defendía la exclusión de la procedencia de unos intereses mayores con carácter general, dado que sólo excepcionalmente se admitían por el art. 1.231 del antiguo *Codice* (que disponía: «*In mancanza di patto speciale, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società. Sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita. I Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita*») en las deudas mercantiles y en los casos de fianza o sociedad, afirmaba que «*esto se entiende si no hay otro hecho además de la mora solvendi; serían exigibles como daños si el deudor incurriese en otra culpa además de la mora*». Se plantearía entonces el problema de determinar qué daños se derivan del propio retraso moroso del deudor y cuáles determinados por «otra culpa además de la mora», y esta labor de *aislamiento* de los mayores daños en relación con la mora puede llegar a ser bastante complicada. Igualmente, mantiene una postura ambigua ASCARELLI, pues mientras que por una parte entiendo justamente abandonada la posición de GIORGI y considera dominante en

superiores o inferiores, las partes no pueden modificar esa liquidación salvo que estén de acuerdo en ello, por lo que no se deberán intereses superiores a la cuantía legal aunque el acreedor demostrara que había sufrido daños superiores: el resarcimiento de un daño inferior a la tasa legal de interés vendría así a compensar la no resarcibilidad de un daño superior a tal tipo de interés.

b) En segundo lugar, el resarcimiento de los daños moratorios se basa en el principio de previsibilidad y por ello debe negarse la posibilidad de un *mayor daño*: debe partirse del principio general de limitación de la responsabilidad del deudor a los daños previstos o previsibles al tiempo del contrato (artículo 1.228 del *Codice* de 1865⁴⁰), y dada la infinita variedad de empleos previsibles del dinero que podría hacer el acreedor, ha sido necesaria la intervención del legislador para fijar en el tipo de interés legal la extensión de los daños resarcibles, límite que sería por tanto insuperable, si bien se admitiría la prueba de daños mayores (que serían «propios» y no previsibles) en los casos de existencia de dolo del deudor (pero sólo en ellos).

Estos dos argumentos son criticables⁴¹: por una parte, el enrevesado recurso a una presunta equidad de recíproca compensación pierde valor si se tiene en cuenta la práctica inverosimilitud de un daño inferior al tipo legal y en cambio la posibilidad real de un daño que lo supere, que no son dos magnitudes que se equilibren; y en cuanto al segundo, cabe decir que la previsibilidad de unos daños normales no excluye la posibilidad de que en algunos casos tales daños sean superados por la gran variedad de posibilidades de la realidad⁴².

doctrina y jurisprudencia la tesis contraria a que el acreedor pueda demostrar haber sufrido un mayor daño pretendiendo consecuentemente un mayor resarcimiento (en *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Ed. CEDAM, Padua, 1928, p. 86), por otra señala que se presume, *salvo una demostración contraria* (luego cabe entender que cabe la prueba de unos daños superiores), que el daño derivado de la mora venía representado por los intereses legales (*ibid.*, p. 95). Por su parte, Aristide GRANITO (en «Interessi», *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, dir. por Vittorio SCIALOJA, Roberto de RUGGIERO y Pietro BONFANTE, Vol. III, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1923, pp. 746 y 750-751) excluye con carácter general los daños ulteriores sobre los intereses pactados para el caso de mora, si bien admite lo que denomina, por influencia francesa, *danni-interessi* (intereses suplementarios a las indemnizaciones como resarcimiento del daño causado por un delito o cuasidelito), pero con un carácter excepcional y sólo si se han previsto específicamente por la ley o las partes, pues otra cosa supondría forzar los límites de interpretación de la ley, aunque propugna que la presunción legal *iuris et de iure* debería transformarse en una *iuris tantum* (*op. cit.*, pp. 752-753).

⁴⁰ «*Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo*».

⁴¹ Cfr. BARASSI, *La teoria generale...*, *op. cit.*, p. 495.

⁴² Michele FRAGALI (Comentario al artículo 1.815, en *Il mutuo*, 2.^a ed., reimpr., Libro IV, arts. 1813-1822, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio SCIALOJA

En **Suiza**, el deudor que incurra en culpa está obligado a reparar totalmente el daño ocasionado al acreedor (artículo 97.1 del Código de las Obligaciones⁴³), también cuando ese daño sea superior a los intereses moratorios (artículo 106.1 del mismo Código⁴⁴). Es elemento esencial en el sistema suizo la culpa del deudor en su retraso en el cumplimiento⁴⁵.

En esta línea, Von Tuhr⁴⁶, con base en el citado artículo 106.1, afirmaba que los intereses moratorios no son más que el mínimo de indemnización de los daños que el acreedor puede sufrir por la mora del deudor; de modo que si el acreedor consiguiera probar que la mora le ha producido un daño mayor, como sería el no haber podido saldar una deuda que le suponía el pago de intereses más elevados o el haberse visto obligado a solicitar un préstamo a un mayor tipo de interés, podrá exigir al deudor moroso que le resarza también de estos daños, aunque el deudor podría eximirse probando que no incurrió en culpa alguna (ignorancia excusable de su obligación, o retraso en el envío de la suma del pago que no le sea imputable, por ejemplo). En el fondo, como vemos, no sería más que la aplicación de la teoría general de la responsabilidad, entendiendo que el régimen específico de los intereses moratorios no excluye para las deudas de contenido pecuniario el régimen general, y la concurrencia de culpa del deudor es precisa por cuanto si no no se generaría responsabilidad alguna⁴⁷.

y Giuseppe BRANCA, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, pp. 359-360) incluye entre esos *daños previsibles* el perjuicio por la devaluación monetaria, el lucro cesante o los mayores gastos en que el acreedor haya debido incurrir por no haber podido disponer tempestivamente de la cantidad prestada. No creemos que esa enumeración sea admisible, ya que, aun siendo previsible una cierta inflación y pérdida de valor de la moneda, no es posible preverla con exactitud, previsibilidad que desde luego será prácticamente ficticia en los casos de los mayores gastos en que el acreedor haya debido incurrir y del lucro cesante.

⁴³ «*Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*».

⁴⁴ «*Lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*». Como se ve, permite el resarcimiento del *mayor daño*, pero con la contrapartida de que el deudor también puede probar que no le es imputable a él.

⁴⁵ Critica la limitación de la responsabilidad del deudor por introducción de elementos subjetivos MONTEL: «*Considérations sur la réparation...*», *op. cit.*, p. 1023.

⁴⁶ VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, T. II, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁷ *Vid.*, en nuestro Derecho, los arts. 1.101 y 1.902 CC, según sea la responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual, que requieren respectivamente que intervenga *dolo, negligencia o morosidad*, o bien *culpa o negligencia*, en el autor del daño (recorremos que los casos de responsabilidad objetiva están expresamente previstos por la ley y son de interpretación restrictiva: art. 1.105 CC).

En **Alemania** se establece lo mismo por el cuarto párrafo del § 288 del *BGB*⁴⁸. La doctrina⁴⁹, sobre esta base, entiende que el deudor moroso debe indemnizar al acreedor de *todos* los daños, por frutos y utilidades, que sufra, y los intereses cubren sólo parte de ese daño, pues la limitación de la indemnización a los intereses legales constituye para el deudor, en tiempos de difícil situación monetaria, un estímulo para diferir el pago. Así, los intereses legales serían sólo una «indemnización de mínimo»⁵⁰, de modo que los intereses y la indemnización de daños y perjuicios no se identifican, pues aunque los intereses legales sean la forma ordinaria de indemnización en caso de mora, pueden producirse acontecimientos sucesivos que generen daños superiores, como sucedería en el caso de que, debido a la mora del deudor, el acreedor se viera en dificultades para hacer otros pagos⁵¹. Se tienen especialmente en cuenta los intereses mayores que por ello el propio acreedor deba pagar en otra parte o los que habría podido ganar por la inversión del dinero si hubiera sido pagado en el momento oportuno⁵².

⁴⁸ § 288.IV (numerado como segundo párrafo hasta la Ley para la modernización del Derecho de obligaciones de 2001—en lo sucesivo, *SMG*—): «*Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen*» («La alegación de un daño superior [al interés legal] no está excluida»). Además, *vid.* el § 286.I en su redacción hasta la *SMG*: «*Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen*» («El deudor ha de indemnizar al acreedor el daño causado por la mora»). Específicamente, la nueva redacción —tras la *SMG*— del § 284 establece un *resarcimiento por gastos infructuosos*: «*Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden*» (es decir, «En lugar de la indemnización de daños, el acreedor puede solicitar el resarcimiento de gastos infructuosos que hubiese hecho bajo la confianza de recibir la prestación y que habría podido hacer más baratos, excepto que su finalidad tampoco se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor»).

⁴⁹ En tal sentido, ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones* (T. II del *Tratado de Derecho civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF), Vol. 1.º, 2.ª ed. española, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pp. 267-269, y especialmente 271; HAGER, Johannes, Comentario al § 288 *BGB*, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, dir. por Walter ERMAN, T. I, 11.ª ed., Ed. Aschendorff, Münster, 2004, pp. 920-921; MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 2003, p. 95; NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, *op. cit.*, pp. 135-137; SCHMIDT, Karsten, *Geldrecht: Geld, Zins und Währung im deutschen Recht*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1983, pp. 404-405; VOLKKOMMER, Max, Comentario al § 288 *BGB*, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zum Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, dir. por Othmar JAUERNIG, 8.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 1997, p. 273; VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, T. I, Vol. 1.º, trad. por Tito RAVÁ, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 297-298, nota 22a; WEBER, Ralph, «Verzug», en *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, de Harm Peter WESTERMANN, Peter BYDLINSKI y Ralph WEBER, 5.ª ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2003, pp. 149-150. En la doctrina alemana, excluye la posibilidad de la reclamación de la indemnización del *mayor daño* junto a los intereses únicamente VON MAYDELL, Bernd, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1974, p. 141.

⁵⁰ *Cfr.* ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, Vol. 1.º, *op. cit.*, pp. 271-273.

⁵¹ *Cfr.* VON MAYDELL, *Geldschuld...*, *op. cit.*, p. 141.

⁵² Así, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, ed. española a cargo de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 188; y *Schuldrecht I...*, *op. cit.*, p. 95.

De modo similar se pronuncia actualmente el **ABGB austriaco** (mientras que en su versión original adoptaba una visión contraria al resarcimiento de los daños más allá de los intereses legales)⁵³.

En esta línea, que caracteriza en general a los códigos de los siglos xx y xxi, el vigente Código Civil **portugués**⁵⁴ admite que en los casos de responsabilidad civil extracontractual⁵⁵ el acreedor obtenga una indemnización suplementaria, además de los intereses legales, si prueba que la mora le ha causado un daño que los excede⁵⁶; regla que el recentísimo Código Civil **brasileño** de 2002⁵⁷ generaliza a todos los supuestos en que los intereses moratorios no cubran los daños y no exista una pena convencional.

En **Francia y Bélgica** se ha observado una evolución en una orientación similar, tendente a la admisión de la resarcibilidad del *mayor daño*⁵⁸, dato de mayor relevancia si tenemos en cuenta que el Código francés constituye en gran medida la base del nuestro.

El *Code Napoléon* en su redacción originaria restringía expresamente los daños y perjuicios (*dommages-intérêts*) por mora en

⁵³ § 1.333 (en la actualidad, 1.º párrafo): «*Der Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat, wird durch die gesetzlichen Zinsen vergütet*» (es decir, «El daño que el deudor ha producido a su acreedor por el retraso en el pago de una reclamación pecuniaria se indemnizará a través de los intereses legales»). Sin embargo, con posterioridad se ha añadido un tercer párrafo a este precepto que cambia radicalmente su orientación: «*Der Gläubiger kann außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen*»; o sea, «El acreedor puede además de los intereses legales reclamar también la indemnización de otros daños culpa del deudor y superiores a aquéllos, en especial los costes necesarios de medidas de ejercicio o gestión extrajudicial correspondientes a esa finalidad, en cuanto estos estén en una proporción adecuada a la reclamación en curso».

⁵⁴ Art. 806, texto reformado por Decreto-Ley 262/83, de 16 de junio: «(...) 2. *Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal.* / 3. ***Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indemnização suplementar correspondente, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco***» (las negritas, por supuesto, son nuestras).

⁵⁵ El texto del precepto («*responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco*») ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que abarcaría también los casos de obligaciones de indemnización resultantes de hechos lícitos. Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de.: *Direito das obrigações*, 9.ª ed., 3.ª reimpr., Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 2005, p. 685, nota 2.

⁵⁶ Cfr. PINTO MONTEIRO, António.: «Inflação e direito civil», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. II, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1989, pp. 889-892 y en especial 897-899 (con particular referencia a la desvalorización del dinero). En tal sentido, ya con el anterior CC portugués de 1867, se pronunciaba también PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano.: «Mora do devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 48, mayo 1955, pp. 99-112, en especial 103-108.

⁵⁷ Art. 404.II: «*Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*».

⁵⁸ Respecto a la doctrina francesa sobre este punto, además de las notas que siguen, vid. CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 268-272.

las deudas de contenido pecuniario a los intereses moratorios⁵⁹. No obstante, las jurisprudencias francesa y belga⁶⁰ del siglo XIX, en lo que se ha denominado una «*interprétation déformante*»⁶¹, entendían que si el acreedor hubiera sufrido por culpa de su deudor un perjuicio *distinto del que resulta del retraso* en el pago tiene derecho a obtener su reparación, además de los correspondientes intereses moratorios: hay dos indemnizaciones correspondientes a dos daños distintos, una la que contempla el artículo 1.153 (*intérêts moratoires*) y otra la del artículo 1.382⁶² (responsabilidad ordinaria, concretada en unos *intérêts compensatoires*)⁶³. Esta jurisprudencia era compatible con el texto del artículo 1.153, ya que no se concedía una indemnización superior al interés legal *por razón de la mora en el pago*, sino por perjuicios *distintos del retraso*⁶⁴.

El perjuicio, independiente del retraso, que se le causa al acreedor y se tiene aquí en cuenta supone un daño distinto de la mera

⁵⁹ Art. 1.153.I: «*Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard au l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*». El Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción, de 22 de septiembre de 2005 [que citamos por: *Avant-Projet de réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil). Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005*, versión publicada por el Ministerio de Justicia francés en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA-SEPTEMBRE2005.pdf; *vid. también CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», ADC, T. LX-II, abril-junio 2007, pp. 621-848*], mantiene una regulación similar en el que sería el nuevo art. 1.381.I del *Code*, si bien suprimiendo la reserva «*assez mystérieuse*», en palabras de los autores del Anteproyecto (cfr. *Avant-Projet de réforme...*, *op. cit.*, p. 166, nota 59)– de las reglas particulares en el comercio y en la fianza: «*L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal*».

⁶⁰ Recordemos que el CC belga es en su origen el *Napoléon*, y muchas de sus reformas en Bélgica han corrido paralelas a las francesas, como en este artículo. Así, antes de 1913 su contenido era idéntico al original del francés, salvo en el final del primer párrafo, en que los términos eran ligeramente distintos: «*(...) ne consistent jamais que dans les intérêts légaux, sauf les exceptions établies par la loi*» (belga), y «*(...) ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*» (francés).

⁶¹ En tal sentido, GEVERS, Madeleine, *Étude sur les obligations dans la jurisprudence contemporaine*, Ed. M. Lamertin, Bruselas, 1929, p. 18; y VIGNERON, Roger, «*Le nouveau taux d'intérêt légal et le régime des intérêts octroyés en justice*», *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, T. 16, n.º 1/2, 1971, p. 70.

⁶² «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*».

⁶³ Así, pueden citarse las SS. de la *Cour de Cassation* francesa de 13 de enero de 1852, 12 de noviembre de 1855, 1 de febrero de 1864, 4 de febrero de 1868, 7 de mayo de 1872, 20 de junio de 1877, 27 de diciembre de 1887, 13 de noviembre de 1889 y 29 de junio de 1896.

⁶⁴ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, pp. 642-643. Asimismo, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, pp. 54-55; y LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, T. XVI, Eds. A. Durand & Pedone Lauriel/Bruylant-Christophe & Comp., París/Bruselas, 1875, pp. 368-372.

privación de la suma de dinero: es un perjuicio concreto, aunque variable, derivado de no haber podido aquél dar a esa suma un empleo determinado, como cuando no haya podido pagar a su vez a sus acreedores y haya caído en quiebra o se haya visto obligado a recurrir a fuentes de financiación con intereses superiores. Se distinguirían así dos aspectos del perjuicio dimanante de la privación de una suma de dinero: un daño abstracto y permanente, por no poder invertir sus fondos de inmediato, que sería reparado con los intereses legales; y otro posible daño, concreto y variable, cuando en el momento deseado el acreedor no ha podido aplicar esos fondos a una específica inversión o se ha visto impedido de poder atender gastos urgentes y obligado a pedir dinero prestado a un interés superior⁶⁵.

Posteriormente, se pretendió recoger esta jurisprudencia en las Leyes de 7 de abril de 1900 en Francia⁶⁶ y de 1 de mayo de 1913 en Bélgica⁶⁷. Sin embargo, la nueva redacción legal no es exactamente igual a la referida jurisprudencia, pues sólo admite la indemnización suplementaria si ha habido mala fe o dolo en el deudor, cuando la jurisprudencia, menos exigente, sólo requería la existencia de culpa⁶⁸. Observemos además que, al contrario que en Alemania y Suiza, donde la indemnización suplementaria se reconoce por los daños *derivados* de la mora, en Francia sólo es posible por

⁶⁵ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, T. II, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, p. 622.

⁶⁶ Que sustituye en el tercer párrafo del art. 1.153 («*Ils [los intereses moratorios] ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit*») la expresión «desde el día de su demanda» por «desde el día del requerimiento de pago» («*du jour de la sommation de payer*») y sobre todo –por lo que ahora nos interesa– añade un párrafo final (el cuarto), en el que se establece que «*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance*» (las negritas son nuestras). El Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones de 2005 mantiene una regulación similar en el que sería el nuevo art. 1.381.III del *Code*: «*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance*»; como vemos, las diferencias residen en la sustitución de «*indépendant de ce retard*» por «*supplémentaire*» –como indican los autores del Anteproyecto (cfr. *Avant-Projet de réforme...*, *op. cit.*, p. 166, nota 59)–, y además en la desaparición del requisito de la mala fe.

⁶⁷ Cuyo art. 6 introduce una reforma similar a la francesa, salvo por la expresión «dolo» en vez de «mala fe». El nuevo párrafo belga dice: «*S'il y a dol du débiteur, les dommages et intérêts peuvent dépasser les intérêts légaux*».

⁶⁸ Vid. PLANIOL y RIPERT, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 643. No obstante, la jurisprudencia posterior a la reforma sigue prescindiendo en la práctica del elemento de la mala fe, bastando una simple negligencia «característica de un cuasi delito» (S. de la *Cour de Cassation* francesa de 16 de junio de 1903); cfr. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, pp. 55-56. Este requisito de la mala fe, como hemos indicado *supra* en la nota 66, desaparece ya con la nueva redacción del precepto (ahora art. 1.381.III) dada por el Anteproyecto de reforma de 2005.

los daños *independientes* del retraso⁶⁹; en Italia, en cambio, este problema no se plantea, ya que el *Codice* sólo habla de «*danno maggiore*», sin imponer que el mismo se derive del retraso o de causas externas a éste.

De esta forma, la indemnización suplementaria precisa en principio de la concurrencia de dos requisitos: *mala fe del deudor* en el incumplimiento, es decir, «*consciencia del daño que causa al acreedor no pagándole tempestivamente*»⁷⁰ y no necesariamente intención de dañar⁷¹, y que el perjuicio sufrido sea *independiente del retraso*. No obstante, estos requisitos han sido tomados en cuenta muy flexiblemente.

Así, esa independencia del daño respecto del retraso se ha interpretado⁷² en el sentido de que el perjuicio que se trataría de reparar mediante la indemnización suplementaria podría no obstante tener su origen en el propio retraso. El precepto simplemente haría referencia a que debería ser un perjuicio diferente del ocasionado *ordinariamente* por el retraso, la privación del producto de la cantidad debida, y en tal sentido se ha orientado la jurisprudencia⁷³, siendo eclipsado el criterio del perjuicio distinto sufrido por el acreedor por el de la mala fe o dolo del deudor⁷⁴, o bien culpa grave («*faute lourde*»), que se hace equivaler al dolo⁷⁵.

Igualmente, se ha llegado a entender por la jurisprudencia francesa que basta la concurrencia de uno solo de los requisitos apuntados, otorgándose la indemnización suplementaria cuando se determine la mala fe del deudor, aunque el perjuicio alegado no sea realmente independiente del retraso, o bien sobre la base de la existencia de un perjuicio distinto aunque no concurra la mala fe del deudor⁷⁶.

⁶⁹ De ahí que se afirme que un perjuicio derivado del retraso, aunque sea superior al que ordinariamente se produce, como sería el caso de la declaración de quiebra del acreedor por la mora del deudor, deba ser excluido (cfr. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, p. 55).

⁷⁰ En tal sentido, MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil*, T. VI, 5.ª ed., Ed. Cujas, París, 1994, p. 472. Cfr., asimismo, la concreción de estos conceptos por la jurisprudencia francesa *ibid.*, notas 145 y 146.

⁷¹ Cfr. CARBONNIER, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 622; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 6.ª ed., Ed. Dalloz, París, 1996, p. 480.

⁷² Como por Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC, en *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. III, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pp. 522-523.

⁷³ No obstante esto, hay autores que consideran que la jurisprudencia «*se ha atendido estrictamente a los términos precisos de la ley*» (así, GEVERS, *Etude...*, *op. cit.*, p. 19; y VIGNERON, «*Le nouveau taux...*», *op. cit.*, p. 71).

⁷⁴ Cfr. VIGNERON, «*Le nouveau taux...*», *op. cit.*, p. 71.

⁷⁵ Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, Vol. XII, T. I, 3.ª ed., Ed. Sirey, París, 1906, p. 536; y TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 480.

⁷⁶ Cfr. VINEY, *Les obligations...*, *op. cit.*, p. 459 y la jurisprudencia que cita.

Incluso en el **Derecho inglés**⁷⁷ se admite la posibilidad de unos «intereses»⁷⁸, que fija el juez según su criterio sin deber someterse a un tipo o tasa predeterminado, como indemnización del daño que sufra el acreedor. Desde 1780⁷⁹ la Cámara de los Lores ha sostenido que el *common law* en principio no admite el otorgamiento de «intereses» como indemnización general por retraso en el pago de la deuda⁸⁰, pero puede venir establecido por pacto de las partes, convención que puede ser deducida del curso de los tratos entre las partes o de un uso de comercio relevante, o por previsión legal⁸¹. Sin embargo, se contempla una excepción a esta regla general, por la cual se concede el resarcimiento de daños especiales cuando, como resultado de la falta de cumplimiento tempestivo del demandado, el demandante hubiera incurrido realmente en cargas de intereses en la obtención de financiación de otra fuente: en el caso *Compania Financiera «Soleada» SA [sic] v. Hamoor Tanker Corpn. Inc. (The Borag)* la demandada sabía que la demandante necesitaba el pago para financiar una adquisición y que si fallaba en el pago la demandante necesitaría pedir prestada la cantidad en otra parte; una análoga situación se dio en el caso *Bacon v. Cooper (Metals) Ltd.*, en que el demandante estaba comprando una máquina a plazos y el incumplimiento de la demandada le condujo a la necesidad de reemplazar una parte costosa de la misma, y en la medida en que se determinó que el demandante había actuado razonablemente al comprar un sustituto a plazos la demandada fue declarada responsable del pago de las cargas financieras.

Se mantiene que el principio básico es que el juez podrá conceder estos «intereses» si el quebrantamiento del contrato por el demandado ha privado al demandante de la oportunidad de poner

⁷⁷ Vid. BOWLES, Roger A. y WHELAN, Christopher J., «Interest on Debts», *MLR*, Vol. 48, núm. 3, marzo 1985, pp. 229-235; HARRIS, D. R., «Damages», *Chitty on Contracts*, Vol. I, 29.^a ed., Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 1511-1519; LASSMAN, M. A., «Interests on Debts», *New Law Journal*, Vol. 129, núm. 5902, 3-5-1979, pp. 447-449, y núm. 5903, 10-5-1979, pp. 475-478; y MANN, F. A., *The legal aspect of money*, 2.^a ed., Ed. Clarendon Press, Oxford, 1953, pp. 87-88.

⁷⁸ Dada la configuración de este «award of interest», que englobaría el conjunto de los intereses moratorios y la posible indemnización por *mayor daño*, lo traducimos por «intereses» pero entre comillas.

⁷⁹ Caso *Eddowes v. Hopkins*, y posteriormente (1893) en *London, Chatham and Dover Railway Co. v. Couth Eastern Railway Co.* (pese a que en este caso la propia *House of Lords* reconoce y critica la injusticia que ello provoca). De nuevo, recientemente, en 1985 (*President of India v. La Pintada Compania Navegacion SA [sic]*) y 1988 (*President of India v. Lips Maritime Corporation*). Y ello pese a que ya desde 1833 la *Civil Procedure Act* permitía que los jurados otorgaran «intereses» en una clase limitada de casos, pero esta facultad fue interpretada muy restrictivamente por los tribunales.

⁸⁰ En jurisdicciones distintas del *common law* sí pueden los jueces otorgar unos «intereses», como es en la *Admiralty Court* respecto a reconocimientos de salvamentos o en la jurisdicción de equidad de la *Chancery Court*.

⁸¹ Así, cuando una letra de cambio no ha sido atendida (secc. 57 de la *Bills of Exchange Act 1982*).

la materia objeto de la demanda a trabajar para ganar beneficios o ganancias (o sea, el lucro cesante)⁸². Cuando el demandante hubiera incurrido en gastos como resultado de la ruptura del demandado, deben otorgarse unos «intereses» como indemnización de daños en relación con tal gasto (es decir, el daño emergente), aunque el juez no deberá otorgarlos si ello daría al demandante una doble indemnización por el mismo daño⁸³. En cualquier caso, sólo se reconoce la posibilidad de «intereses» simples, negándose expresamente la concesión de «intereses» compuestos⁸⁴ pese a la alegación por la doctrina de que ello determinaría un adecuado resarcimiento de las partes conforme a la realidad mercantil⁸⁵; de esta forma, el demandante que tuvo que pedir prestado a terceros a tipos compuestos el dinero que no le fue devuelto tempestivamente no podría recobrar esos sobrecostos⁸⁶.

Por otra parte, el Derecho inglés reconoce este poder de otorgar «intereses» incluso a los árbitros⁸⁷. Salvo expresión contraria, se presume que todo convenio arbitral contiene una previsión de que el árbitro puede, si lo considera procedente, conceder unos «intereses» simples al tipo que considere adecuado⁸⁸.

En el mismo sentido, también en el ámbito del **Derecho internacional privado** se observa una tendencia hacia la aceptación del resarcimiento del *mayor daño*, como por ejemplo en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías⁸⁹.

⁸² Así, la S. de la *House of Lords* en el caso *Bushwall Properties v. Vortex Ltd.* (1975). Cfr. MANN: «On interest, compound interest and damages», *The Law Quarterly Review*, Vol. 101, 1985, pp. 44-45.

⁸³ En tal sentido, HARRIS, «Damages», *op. cit.*, p. 1515.

⁸⁴ Sección 3(1)(a) de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*, y *Administration of Justice Act 1982*.

⁸⁵ Vid. BOWLES y WHELAN, «Interest on Debts», *op. cit.*, pp. 233-235.

⁸⁶ Así, en el caso *Miliangos v. Geo. Frank (Textiles) (No. 2)* [1977], Q.B. 489, 496, se aplicó la sección 3(1)(a) de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* por el juez J. BRISTOW para negar una indemnización suplementaria al demandante, que hubo de pedir prestado a banqueros suizos a tipos de interés compuesto, con base a que «*the court is not concerned with the actual cost of borrowing to the individual concerned in the individual case*». Una crítica a esta regulación puede verse en BOWLES y WHELAN: «Judgment Awards and Simple Interest Rates», *International Review of Law and Economics*, Vol. 1, núm. 1, junio 1981, pp. 111-112.

⁸⁷ Secciones 19A de la *Arbitration Act 1950* y 15 (6) de la *Administration of Justice Act 1982*.

⁸⁸ Cfr. HARRIS: «Damages», *op. cit.*, p. 1518.

⁸⁹ Así, su art. 78 señala que «*Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*», disponiendo ese art. 74 que «*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en*

Finalmente, en el ámbito de los intentos de **unificación del Derecho civil europeo**, los *Principios del Derecho Contractual Europeo* (PECL) dirigidos por Ole Lando y Hugh Beale, entienden que en caso de retraso en el pago de una suma de dinero el acreedor tiene derecho a los intereses de la misma entre el vencimiento y la fecha del pago (es decir, unos intereses moratorios), conforme a la media del tipo bancario básico a corto plazo que esté vigente en el lugar donde deba hacerse el pago y para la moneda contractualmente fijada para el pago (sistema de cálculo abstracto del daño), pero el acreedor podrá, *además*, obtener la indemnización de *cualquier otro daño* (sistema de cálculo concreto), siempre que sea reclamable conforme a las reglas generales de la propia sección de los *Principios*⁹⁰. Este sistema es recogido en el reciente Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), que incluye además la importante novedad de especificar que el devengo de los intereses moratorios es independiente de la culpa en el impago⁹¹.

En cambio, el Código Civil Federal de **México** excluye expresamente el resarcimiento del *mayor daño*, al establecer el segundo párrafo de su artículo 2.117⁹² la prohibición de una indemnización superior al tipo legal de intereses, salvo pacto en contrario⁹³. No obstante, debe tenerse en cuenta lo elevado de ese tipo para los niveles corrientes actualmente: 9% en materia civil (art. 2.395 del citado Código Civil) y 6% en materia mercantil (art. 362 del Cód-

el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato» (por supuesto, las negritas son nuestras).

⁹⁰ Art. 9.508 (1) y (2). *Vid.* Díez-PICAZO, LUIS; ROCA TRÍAS, E; y MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 376-377.

⁹¹ Art.III.-3:708: Interest on late payments.—“(1) If payment of sum of money is delayed, whether or not the nonperformance is excused, the creditor is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due. / (2) The creditor may in addition recover damages for any further loss.”.

⁹² «Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento **no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario**» (las negritas son nuestras), precepto idéntico al art. 1.451 del anterior CC mexicano de 1884.

⁹³ *Vid.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 12.ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 585.

En la doctrina mexicana es de destacar la peculiar tesis de Rafael ROJINA VILLEGAS (*Derecho civil mexicano*, T. V, Vol. II, 3.ª ed., Ed. Porrúa, México, 1976, p. 302), para quien el art. 2.117 es mal interpretado cuando los tribunales entienden que da derecho al acreedor a cobrar siempre el interés legal. Este autor considera que el precepto lo que dispone es que en caso de incumplimiento en obligaciones pecuniarias se pagará *hasta el interés legal*, por lo que según los casos ese interés podría ser menor que aquél. De esta forma, «*el acreedor no tendrá que demostrar la existencia real del daño, para que el juez condene al deudor a pagar un cierto interés; pero sí deberá acreditarse, si se quiere obtener la tasa máxima que la ley permite*» (o sea, el interés legal; las negritas son nuestras). Como hemos señalado, esta muy peculiar interpretación no es seguida ni por la gran mayoría de la doctrina ni por la jurisprudencia mexicanas.

go de Comercio)⁹⁴. Ello hace que haya un margen lo suficientemente amplio hasta la cuantía legal como para que generalmente queden incluidos los posibles daños sufridos por el acreedor.

4. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

En la actualidad, en relación con los supuestos de existencia de dolo no parece haber problema para entender que sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 1.107 del Código Civil, que dispone que «*en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*». Así, en todo caso en que el deudor pecuniario retrase el cumplimiento dolosamente debería indemnizar al acreedor de *todos* los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado derivados de ese retraso, incluso aun cuando su cuantía supere la que resultaría de la aplicación de los intereses legales.

Fuera de los casos de dolo, hay una división en la doctrina; y aun en relación con los mismos supuestos de dolo –como veremos– no faltan autores contrarios a la indemnización del *mayor daño*, si bien en este concreto aspecto son muchos menos.

No obstante, algunos autores⁹⁵ simplemente prescinden de este problema, argumentando que la cuestión del *mayor daño* fue relevante durante la época en que el Código Civil imponía un tipo de interés legal de cuantía irrisoria, pero carecería de importancia desde que la Ley 24/1984 impuso un sistema flexible de tipos de interés legal, remitiéndose a las diferentes leyes de presupuestos, que determinan un tipo de interés superior a la inflación y próximo al valor normal del mercado, y más aún desde la reforma en ese mismo año del artículo 921⁹⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881)⁹⁷.

A) *Corriente opuesta al resarcimiento del mayor daño*

En la doctrina española, los autores más antiguos se pronunciaron mayoritariamente por la exclusión de la posibilidad de la

⁹⁴ Curiosamente, como vemos el tipo de interés civil es superior al mercantil, cuando lo usual desde el Derecho romano, en los casos en que ha habido divergencias entre tipos civiles y mercantiles, es justamente lo contrario, entendiéndose que los comerciantes obtienen, debido a su actividad, un mejor rendimiento de sus capitales que los particulares (*pecunia mercatoris valet plus quam pecunia non mercatoris*).

⁹⁵ Así, GIL RODRÍGUEZ: «Responsabilidad por incumplimiento», en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 313.

⁹⁶ Correspondiente al art. 576 en la nueva LEC.

⁹⁷ Este argumento es empleado también para negar la posibilidad de resarcimiento del *mayor daño* en las actuales circunstancias por LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «*Mora debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, T. XLVII-III, julio-septiembre 1994, pp. 22-24.

reclamación por el acreedor de una indemnización del *mayor daño*. Así, además del ya mencionado Mucius Scaevola⁹⁸, Manresa⁹⁹ señala que los intereses moratorios son una forma especial de indemnización de daños y perjuicios, de modo que sustituyen la indemnización a la que equivalen, siendo unos y otra incompatibles entre sí, salvo pacto expreso en contrario o «*la realidad de causas especiales y extraordinarias*»¹⁰⁰.

En la actualidad Vattier¹⁰¹, también dentro de la línea doctrinal contraria, entiende que el artículo 1.108 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que impide al acreedor de una deuda de dinero la alegación de otros daños provenientes de la mora, con base en los siguientes argumentos:

a) Se concede al acreedor de dinero un trato de favor, próximo al privilegio, al liberarle de la carga de la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la mora y de la magnitud del perjuicio sufrido a causa de ésta, lo que impondría una interpretación restrictiva del precepto.

b) La colocación sistemática del precepto, inmediatamente después de los artículos 1.106 y 1.107, estaría manifestando una clara intención del legislador –como señalaría el comentario al artículo 1.017 del Proyecto de 1851– de reducir y limitar la naturaleza y cuantía de los daños resarcibles, salvo pacto en contrario.

c) No se opondría a la tesis restrictiva la jurisprudencia que exige prueba sobre la calidad y cantidad del daño reclamado, que permitiría entender que en caso de *mora solvendi* el daño se transforma en una *quaestio facti*, porque «*el incumplimiento, de por sí,*

⁹⁸ Cit. *supra* en la nota 24.

⁹⁹ MANRESA, Comentario a los arts. 1.108 y 1.109 CC, *op. cit.*, pp. 245 y 246. Félix LÓPEZ ANTÓN (*Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 434-436) se remite a la configuración que las partes hayan realizado de los intereses moratorios, ya sea con una función cumulativa ya sustitutiva, y entiende con MANRESA que sólo cabrá la acumulación de intereses moratorios e indemnización de daños y perjuicios si así se hubiera pactado.

¹⁰⁰ En tal sentido cabe citar también a CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 32; y SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, T. IV, 2.^a ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 337.

Igualmente, BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho civil español*, T. I, Ed. Cultural, La Habana, 1930, pp. 80-81. Este autor, aun cuando parece señalar la justicia del reconocimiento del *mayor daño*, sobre la base de distinguir entre cumplimiento tardío –que supondría su exclusión– e incumplimiento definitivo –caso en que sí sería admisible–, y reconoce el buen fundamento técnico de la jurisprudencia francesa que señala la compatibilidad de la indemnización suplementaria basada en la culpa del deudor junto a los intereses sobre la base de la mora, finalmente se pronuncia a favor de una interpretación restrictiva, «*dado el texto del precepto y la casi imposibilidad de distinguir la mora del incumplimiento cuando se trata de deudas de dinero*».

¹⁰¹ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Ed. Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980, pp. 165-167; «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, n.º 536, 1980, pp. 66-67, y «Obligaciones pecuniarias», *op. cit.*, *NEJ*, T. XVIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1986, pp. 196-197.

*no implica la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por aquél»*¹⁰².

d) Para Vattier, no sería aplicable la doctrina italiana que sí admite la resarcibilidad del *mayor daño*, por no existir en el Derecho español una norma similar al artículo 1.277 del *Codice*¹⁰³.

Otro de los miembros actuales destacados en la corriente doctrinal contraria a la admisión del *mayor daño* es Ruiz-Rico¹⁰⁴. Este autor entiende que la elevación del tipo de interés legal debida a la Ley de 29 de junio de 1984 habría atenuado la polémica. Sin embargo, aduce en contra de los argumentos a su favor que no hay datos históricos que apoyen la licitud de la reclamación del *mayor daño*, que las indemnizaciones adicionales de los artículos 1.682 (primer párrafo) y 1.838.3¹⁰⁵ del Código Civil proceden del incumplimiento de otras obligaciones no dinerarias o de puros deberes de diligencia y además serían excepciones¹⁰⁶, y que la experiencia de otros países demuestra «*las inaceptables consecuencias de un sistema de admisión de daño mayor*» (que se concretarían en que sólo determinados sujetos podrían probarlo y tener acceso a esas reparaciones adicionales, con lo que las diferencias entre los consumidores y las grandes empresas y compañías mercantiles se agravan considerablemente, en contra del principio del *favor consumitoris* del artículo 51 de la Constitución).

Entendemos que los argumentos de Ruiz-Rico no son aceptables, por los siguientes motivos:

a) Respecto a los argumentos históricos, dice Ruiz-Rico que «los Proyectos de 1851 y 1882-1888 se equivocaban cuando permitían al acreedor cobrar el interés convenido más una tercera parte del interés legal, porque debajo de ese fenómeno no estaba el “daño mayor”, sino el anatocismo, como finalmente se desprende de la redacción definitiva de los artículos 1.108 y 1.109 vigentes»¹⁰⁷. Entendemos que el hecho de que el Código vigente

¹⁰² En tal sentido, cita a Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, T. II, Vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1970, p. 140.

¹⁰³ Probablemente, más aún que el 1.277.I («*I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*»), mencionado por VATTIER, sea aplicable al problema del *mayor daño* en las obligaciones pecuniarias el 1.224.II (cit. *supra* en la nota 30), que lo trata expresamente.

¹⁰⁴ RUIZ-RICO, Comentario al art. 1.108 CC, *op. cit.*, pp. 834-844, y «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1914-1916.

¹⁰⁵ Suponemos que en realidad se referirá al número 4.º del segundo párrafo de ese artículo.

¹⁰⁶ En el mismo sentido se pronuncia MARTÍN MELÉNDEZ, *La indemnización del mayor daño...*, *op. cit.*, pp. 162-166.

¹⁰⁷ RUIZ-RICO, «Cien años...», *op. cit.*, p. 1915; comillas interiores en el original. Y ya antes en Comentario al art. 1.108 CC, *op. cit.*, p. 838.

prevea expresamente el anatocismo y no esa tercera parte añadida, y que los proyectos referidos contemplaran la situación inversa, no supone que esa tercera parte sea precisamente por anatocismo. El anatocismo son intereses sobre los intereses, y esa tercera parte serían unos intereses añadidos a los convencionales a calcular sobre el principal de la deuda, configurándose en los proyectos unos intereses moratorios de un tercio de la cuantía de los intereses legales más el tipo de los convencionales (en caso de no haberse pactado intereses convencionales, se permite que la cuantía de los intereses moratorios sea el total de los legales). En cualquier caso, esos intereses suplementarios no se relacionan con el concepto del *mayor daño* que estamos contemplando, pues serían también un *forfait* de los intereses moratorios, equivalente al contemplado expresamente en el actual artículo 1.108 (con la única diferencia de variar su cuantía: ser el tipo de interés convencional más un 33,33% de los intereses legales, o el 100% de los legales si no hay intereses convencionales), y no una admisión del resarcimiento de ese *mayor daño*, que por esencia es indefinido con carácter previo y sólo concretable en su cuantía cuando se haya producido efectivamente.

b) El primer párrafo del artículo 1.682 del Código establece que «*el socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar, además, los daños que hubiera causado*». Esos daños suplementarios deben entenderse derivados de la no aportación de dinero por el socio, pues si se derivaran, como considera Ruiz-Rico, del «incumplimiento de otras obligaciones no dinerarias o de puros deberes de diligencia» seguirían el régimen general del incumplimiento contractual y no se precisaría una mención específica, sobre todo en conexión con una falta de aportación de una suma de dinero con la que entonces no tendría relación. La única conclusión lógica de una interpretación global del precepto es entender que hace referencia al deber del socio incumplidor de abonar, por una parte, los intereses sobre la suma debida y, por otra, la indemnización de los otros daños *que esa falta de aportación de la suma debida hubiera provocado* (por ejemplo, imposibilidad para la sociedad de realizar ciertos gastos necesarios por falta de fondos)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Algunos autores (como CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, Comentario a los artículos 1.681 a 1.683 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XXI, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 251-253; y PAZ-ARES, Cándido, Comentario al artículo 1.682, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1419) consideran que se debería aquí distinguir entre el *mero retraso*, que sin necesidad de culpa o dolo generaría una obligación de pagar intereses, pero no sobre la base del daño sino de la con-

c) El número 4.º del segundo párrafo del artículo 1.838 del Código («*la indemnización* [que el deudor debe al fiador que paga por él] *comprende: 4.º Los daños y perjuicios, cuando procedan*») ha de entenderse del mismo modo. Por los argumentos ya apuntados, la única consecuencia lógica que cabe extraer de una interpretación global del precepto es entender que se refiere a los daños y perjuicios que se le hayan causado al fiador precisamente por haber realizado el pago de la cantidad afianzada, como cláusula de cierre a fin de establecer una indemnización que logre un total resarcimiento del fiador, volviéndole a la misma situación en la que se encontraría de no haber tenido que pagar por el deudor¹⁰⁹. No parece admisible entender, como hace Ruiz-Rico, que se derivaría del incumplimiento de otras obligaciones ajenas a la contemplada por el precepto.

d) Sobre que los *mayores daños* admitidos en el primer párrafo del artículo 1.682 y en el número 4.º del segundo párrafo del 1.838 tendrían una naturaleza excepcional, tampoco podemos estar de acuerdo. Entendemos que no se tratarían más que de casos en que el derecho general a la indemnización de los daños y perjuicios superiores provocados por la mora se explicita –tal vez redundantemente–, como en tantos otros casos del propio Código (sobre todo, pero no exclusivamente, actuaciones de mala fe del dañante)¹¹⁰, sin que quepa aducir la existencia de una excepcionalidad por el mero hecho de concurrir tales daños sobre obligaciones de naturaleza pecuniaria.

e) Finalmente, la referencia a la «*experiencia de otros países*» tampoco es de recibo. El hecho de que en esos países una mala práctica (procesal) de la jurisprudencia haya tendido a relajar excesivamente los requisitos de prueba no invalida el reconocimiento (sustantivo, no procesal) del resarcimiento del *mayor*

sideración del dinero como cosa naturalmente fructífera, por lo que los mismos no serían moratorios sino retributivos (*compensatorios*, para PAZ-ARES); y la *mora* propiamente dicha, que impondría la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente causados (según PAZ-ARES, de acuerdo con las reglas generales del art. 1.101 y no las del 1.108, aun cuando conviene en que no sería precisa la intimación) y requeriría la existencia de culpa o dolo del socio deudor.

¹⁰⁹ La relación entre deudor y fiador se basa en el principio de «*procurar que la garantía asumida no origine al fiador, sino los perjuicios mínimos e inevitables*» (en ese sentido, GUILARTE ZAPATERO, Vicente, Comentario al artículo 1.838 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XXIII, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1990, p. 251, y Comentario al artículo 1.838, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1820).

¹¹⁰ Así, cabe citar entre otros los arts. 168.II, 220, 360, 379, 422 *in fine*, 511, 612, 690, 705, 712.II, 715, 1.063, 1.077, 1.122.2.ª, 1.124, 1.135, 1.147.II, 1.390, 1.478.5.º, 1.487, 1.488.II, 1.495.II, 1.559.III, 1.591, 1.623, 1.625.II, 1.660.1.ª, 1.686, 1.718...

daño, que en cualquier caso no negamos que debe entenderse como de carácter extraordinario. El acreedor tendrá derecho a una indemnización suplementaria, pero siempre que la existencia de un específico daño superior haya sido probada efectivamente, siendo esta exigencia de una prueba *real*, y no realizada sobre la ficción de una presunción aplicada casi automáticamente¹¹¹.

Por otra parte, tampoco es aceptable esa excesiva simplificación de identificar prestamista con banco o gran institución financiera, y prestatario con consumidor, pues frecuentemente el prestatario es una empresa o incluso una institución financiera (caso de los préstamos mercantiles)¹¹² o una entidad o grupo social, que desde luego no pueden ser considerados consumidores, y también el prestamista puede no ser un banco (préstamos entre particulares), por lo que no cabe generalizar esa interpretación supuestamente *pro consumptoris*¹¹³. Pero es que, además, no cabe entender como *pro consumptoris* una interpretación que en realidad sería *contra mutuantem*, perjudica al prestamista más que favorece al prestatario (que en cualquier caso no puede realizar una prueba contraria a la existencia de daños por la cuantía de los intereses legales): no se trata de empeorar la situación de éste más de lo que resultaría de aplicar el régimen general de la responsabilidad civil, mientras no se entiende por qué debe excluirse tal régimen *general* en el caso de las deudas de dinero. El hecho de que las instituciones financieras puedan tener más fácil la prueba de esos daños (en cualquier caso no se ve por qué el prestamista particular no ha de poder realizar esa prueba) no supone que los daños no existan, y si existen deberían poder ser resarcidos. Otra cosa sería como entender que los daños morales, por ejemplo, no deberían ser resarcibles por el mero hecho de que algunas personas tuvieran más fácil su prueba, lo cual supone una mala interpretación del principio de igualdad que lo convierte en el clásico *café para todos*: no debe buscarse la igualdad y el *favor consumptoris* por la vía de rebajar o incluso negar la resarcibilidad de los daños sufridos, sino, si acaso, por la vía de la exigencia de mayores niveles de prueba de esos daños.

¹¹¹ Cfr. VIGNERON, «Le nouveau taux...», *op. cit.*, p. 98.

¹¹² Por ejemplo, los grandes bancos son grandes acreedores, pero también grandes deudores de dinero.

¹¹³ Así, LÓPEZ Y LÓPEZ («*Mora debitoris...*», *op. cit.*, p. 13) pone el ejemplo de la Administración Pública o las grandes empresas deudoras de dinero a pequeños contratistas o suministradores, que pone de manifiesto que ni el deudor ha de ser siempre tutelado como consumidor ni el acreedor debe recibir en todo caso los correctivos que podrían acordarse para evitar una posición de hegemonía en la relación obligatoria.

En la posición opuesta a la resarcibilidad del *mayor daño*, además de a estos autores cabe citar a Capilla¹¹⁴, Ordás¹¹⁵, Paz-Ares¹¹⁶, Santos Briz¹¹⁷ y Soler Presas¹¹⁸.

B) *Corriente favorable a la indemnización del mayor daño*

Otros autores¹¹⁹, en cambio, consideran que de los principios generales de interdicción del enriquecimiento injusto y de reparación *in integrum* de los daños debe entenderse una tendencia general del ordenamiento a procurar el resarcimiento integral de los daños sufridos por el acreedor por la mora del deudor en la entrega de la cantidad debida, daños cuya existencia se presume de modo absoluto. Del hecho de que en el artículo 1.108 del Código el legislador proceda a una liquidación del daño en las obligaciones pecuniarias no puede derivarse que haya querido en este caso alterar ese principio general fundamental que obliga al deudor a la reparación integral del daño que haya causado con su conducta¹²⁰. Por ello, debe entenderse que la cuantía legal de los intereses del artículo 1.108 es meramente una liquidación *a forfait* pero con carácter mínimo, de lo que se derivarían tres consecuencias:

a) El juez podrá fijar unos intereses iguales o superiores a los legales, pero queda excluida una liquidación inferior.

¹¹⁴ CAPILLA, Comentario a los arts. 1.681 a 1.683 CC, *op. cit.*, pp. 247-248 y 252-253, y nota 123 en p. 247. Este autor considera que la regulación del art. 1.682 CC sigue un régimen extraño al propio del Derecho civil, al ser importada del ámbito mercantil (art. 171 CCom.), y por tanto tendría un carácter claramente excepcional (*loc. cit.*, p. 250), de lo que MARTÍN MELÉNDEZ (*La indemnización del mayor daño...*, *op. cit.*, p. 163) deriva que no puede extenderse con carácter general a todo caso de mora civil. Nos remitimos a lo ya dicho en el texto sobre la (no) excepcionalidad de este precepto.

¹¹⁵ ORDÁS, *El interés de demora*, *op. cit.*, pp. 145-148. No obstante, la posición de esta autora no es totalmente clara, dado que en otras partes de esa misma obra (*vid. supra* la nota 19) sí parece defender la posibilidad del resarcimiento del *mayor daño*.

¹¹⁶ PAZ-ARES, Comentario al art. 1.682 CC, *op. cit.*, p. 1419.

¹¹⁷ SANTOS BRIZ, Jaime, Comentario a los artículos 1.108 a 1.110, *Comentario del Código Civil*, coord. por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 6, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 152 y 156. Destaca este autor que «el abono de intereses, tratándose del pago de una cantidad de dinero, sustituye a la indemnización de daños y perjuicios», con lo que no cabe esa indemnización además de los intereses, salvo que en el caso concreto haya disposición legal que permita la acumulación (así, arts. 1.682.I y 1.838 CC).

¹¹⁸ SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi/Universidad Pontificia Comillas, Pamplona, 1998, pp. 230-242 (respecto del daño producido por la devaluación); y Comentario a la STS de 23-12-2002, *CCJC*, n.º 61, enero-marzo 2003, pp. 382-384.

¹¹⁹ En tal sentido, SABATER BAYLE, Elsa, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 108-109. Rémy LIBCHABER (*Recherches sur la monnaie en droit privé*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992, pág. 383) incluso considera que el fundamento debería ser más el de la restitución de los enriquecimientos sin causa que el de la reparación integral: habría un *enriquecimiento* del deudor, el de un préstamo bancario que no ha de afrontar; un correlativo *empobrecimiento* del acreedor, que no puede emplear la suma que no ha recibido por la mora del deudor; y una *ausencia de causa* consagrada, no por el propio retardo, ya que el deudor podría creer que el acreedor le concede un plazo de gracia, sino por la constitución en mora, que pone de manifiesto la falta de todo título que permitiría al deudor conservar la suma debida.

¹²⁰ Cfr: MONTEL: «Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pp. 1018-1019.

b) Al ser una liquidación *mínima*, el acreedor podrá demostrar haber sufrido unos perjuicios superiores a esa cuantía.

c) En cambio, no será admisible la demostración por el deudor del hecho de que el acreedor sufrió unos perjuicios inferiores a los cubiertos por la cuantía legal, o incluso que no sufrió perjuicio alguno por su mora¹²¹.

Así, Borrell Soler¹²² considera que si bien se presume *iuris et de iure* que la indemnización por retardo consiste en el pago de intereses, el perjuicio puede ser mayor que los intereses; en tal supuesto, ha de apreciarse la cuantía del daño, de modo que en caso de mora, además del pago de los intereses, deben indemnizarse los perjuicios especiales y extraordinarios causados por falta de pago.

Zorrilla Ruiz¹²³ entiende que el contenido legal del resarcimiento moratorio pecuniario, basado en criterios estimativos y no en juicios de causalidad, no puede desplazar la aplicación de los artículos 1.101 y 1.107 del Código cuando haya un supuesto lesivo que los habilite. Así, considera admisible un resarcimiento independiente, con base en el segundo párrafo del artículo 1.107, de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la morosidad del deudor de dinero, añadiéndose a los que *ministerio legis* haga provenir el artículo 1.108 de la intimación de cumplimiento. También será debida una indemnización suplementaria cuando los daños y perjuicios sean derivados de dilación dolosa en el pago¹²⁴.

De esta forma, considera este autor¹²⁵ que el daño debido a un destino común del dinero y, como tal, presumido legalmente, se sanciona de pleno Derecho por el artículo 1.108, pero el segundo párrafo del 1.107 permitiría además el otorgamiento de una indemnización suplementaria sobre los acontecimientos lesivos que sin la mora del deudor hubieran dejado de surgir, sin otro límite que las posibilidades probatorias del acreedor.

Cano Martínez de Velasco¹²⁶ comienza señalando que en principio el pago de los intereses se configura como «indemnización

¹²¹ GIORGI (*Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 187) llega incluso a afirmar la imposibilidad absoluta de tal demostración: «desafiamos a cualquier deudor a que pruebe que si el acreedor hubiese tenido a su debido tiempo su dinero, no le habría empleado para obtener el fruto legal». En parecido sentido se pronuncia MONTEL: «Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pp. 1024-1025, nota 1.

¹²² BORRELL SOLER, Antonio M.³, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 138.

¹²³ ZORRILLA RUIZ, Manuel M.^a, Adiciones al *Derecho civil* de Jean CARBONNIER, T. II, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, pp. 610-611.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 621.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 622.

¹²⁶ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 112.

tasada» y sustituye toda otra indemnización por un daño superior, de modo que si la cuantía de los intereses no llegara a cubrir la totalidad de la lesión causada en el patrimonio del acreedor, no podría éste conseguir una indemnización por el daño que quede sin cobertura. No obstante, tal consecuencia le parece excesivamente injusta, porque no hay razón para que el acreedor de dinero deba de ser de peor condición que cualquier otro tipo de acreedor, y la misma tampoco es congruente con el principio de valoración total de los daños causados, por lo que concluye, con un giro de ciento ochenta grados, que resulta más lógico pensar que el interés constituye una «indemnización de mínimo», pudiéndose obtener la indemnización por la integridad del daño.

Doral y Marina¹²⁷ consideran que la equiparación entre intereses legales y daños y perjuicios del artículo 1.108 del Código Civil se debe a una clara influencia histórica por dos fuentes: el carácter conminatorio de la sanción pecuniaria por el retraso, como residuo de la antigua prisión por deudas, y la prohibición canónica de los intereses. Sin embargo, entienden que el precepto no excluiría el resarcimiento de otros daños y perjuicios distintos de los derivados de la propia incursión del deudor en mora (diferencias de valor, perjuicio «comercial», daños ulteriores derivados de la indisponibilidad del capital...) ¹²⁸. Además, consideran que el negar en la actualidad la posibilidad de una indemnización suplementaria provoca una serie de consecuencias negativas ¹²⁹:

a) Diferencia de trato entre el acreedor pecuniario, que «*se encuentra inerme ante la impunidad de una conducta reprochable*», y otros acreedores que sufran la mora de sus deudores, con lo que se contraría el principio *ubi est eadem ratio ibi est eadem dispositio*. Además, esa diferencia de trato produce anomalías: el pago de la suma debida y los intereses legales extinguiría la obligación aunque no satisficiera la pretensión del acreedor, con lo que se convierte el pago en un «acto unilateral», desligado de que la prestación sea o no conforme a su «objeto»; y los intereses legales se conforman como una deducción de la suma debida en los casos de pago desviado en el tiempo.

b) No se sigue la tendencia actual del Derecho de daños hacia la reparación *integral* del daño. El daño debe repararse totalmente con su valor actual, calculado sobre la cuantía total de la deuda y no sobre una parte, pues de otro modo se produciría una injustifica-

¹²⁷ DORAL GARCÍA, José Antonio y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *ADC*, T. XXXIII-III, julio-septiembre 1980, pp. 553-557.

¹²⁸ *Op. cit.*, pp. 543-544.

¹²⁹ *Op. cit.*, pp. 568-569.

da disminución en el patrimonio del dañado. Sin embargo, no sólo no se sigue esto, sino que se cae en el absurdo de que el responsable del daño obtenga un enriquecimiento sin causa, contrario a la equidad y a la justicia. Los intereses legales tienden a compensar el daño producido en el crédito pecuniario, pero no la repercusión producida en el conjunto del patrimonio del acreedor: esa compensación «parcial» no elimina la disminución injustificada en el patrimonio del acreedor y el correlativo enriquecimiento del deudor. Así, cuando, además del daño resultante del retraso contemplado por la ley, el acreedor haya sufrido otro daño por parte del deudor, aparte de su crédito por intereses deberá tener otro en concepto de indemnización.

c) No cabe entender que el Código Civil en sus artículos 1.102 y 1.103 señale la exigibilidad del dolo y la culpa (esta última moderable por los tribunales) en *todas* las obligaciones y luego se contradiga excluyendo a las obligaciones pecuniarias, y que declare la nulidad de la acción para reclamarla cuando precisamente dice que su renuncia es nula.

Para estos autores, la solución vendría por la vía de tener en cuenta que lo que el deudor tiene es la posesión del dinero, por lo que no habría más que aplicar las reglas de la liquidación del estado posesorio¹³⁰. Así, el deudor-poseedor de mala fe, en virtud del artículo 455 del Código, abonará los frutos percibidos (intereses legales) y los que el acreedor «hubiera podido percibir», que se realizarán a través de la indemnización suplementaria, para la cual se requerirá en todo caso la concurrencia de culpa o dolo en el deudor, daño efectivo y relación de causa a efecto entre ambos.

Bonet Correa¹³¹ estudia el tema del resarcimiento del *mayor daño* con detenimiento, inclinándose igualmente por su resarcibilidad. Diferencia por un lado los daños causados por la mora y por otro los causados por derivación del retraso pero no atribuibles estrictamente a la mora. En cuanto a los primeros, parte este autor de la distinción entre deudas pecuniarias (que él llama «deudas dinerarias simples o generalizadas»), deudas de moneda específica (que denomina «deudas dinerarias concretadas o especificadas») y deudas de valor (que nombra como «deudas dinerarias finales»), y de que el artículo 1.108 del Código se limita a referirse sólo a las obligaciones del primer tipo. Esta modalidad de obligaciones, debido a que las partes al constituir las generalmente se refieren sólo a

¹³⁰ DORAL y MARINA, «Nuevas orientaciones...», *op. cit.*, pp. 566-568.

¹³¹ BONET CORREA, José, «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», *ADC*, T. XXXII-II/III, abril-septiembre 1979, pp. 379-384 y 393; y *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 384-395.

su aspecto cuantitativo, y sin expresión de su consideración cualitativa, se entiende regida por el principio nominalista («euro igual a euro»), que determina su valor fijo y permanente, de modo que ni la devaluación de la moneda ni cualquier otra circunstancia objetiva o subjetiva produce consecuencias sobre ella, manteniéndose la seguridad del tráfico jurídico y evitando introducir en las relaciones obligatorias monetarias elementos subjetivos de difícil cálculo y prueba. Las obligaciones de tipo pecuniario simple –señala este autor– suelen ser de las llamadas instantáneas o de presente, en que el tiempo transcurrido entre la aceptación y el cumplimiento es muy breve o inexistente¹³², y por otra parte ha de tenerse en cuenta que el principio nominalista surge en una época de estabilidad del sistema monetario, en la que al mantener la fijeza del valor asignado por el Estado a la unidad monetaria permite a las partes despreocuparse de los posibles riesgos sobre el poder adquisitivo del dinero. Sin embargo, en la actualidad es una pura ilusión creer en la constancia de valor del dinero¹³³, habiéndose producido una escisión entre el valor nominal de la moneda asignado por el Estado y su valor real, y las alteraciones monetarias provocan un daño patrimonial (la inflación al acreedor, y la –bastante más rara en la práctica– deflación al deudor).

En cambio –continúa Bonet–, en las deudas de moneda específica las partes, al elegir una determinada moneda de curso legal, nacional o extranjera, aceptan implícitamente los riesgos específicos que pudiera recibir la moneda específica (así, el ser retirada de circulación, ser sustituida por otra...). Si el deudor incurre en mora, los riesgos que se produzcan sobre la moneda elegida deben recaer sobre aquél, de modo que la sentencia que se dicte habrá de tomarlo en cuenta y la conversión de la moneda especificada a la de curso legal será la del día del fallo, de modo que indirectamente se producirá una actualización de la cantidad debida¹³⁴.

Igualmente, en las deudas de valor ha de producirse una actualización total de la prestación monetaria. En este tipo de deudas, la obligación es practicable cuando, por su conversión a una suma de

¹³² No podemos estar de acuerdo con esta afirmación: basta con pensar, por ej., en un préstamo hipotecario a treinta años, en el que hay una obligación en que obviamente no puede decirse que el tiempo entre la aceptación y el cumplimiento total sea muy breve o inexistente.

¹³³ Cfr. FISHER, Irving, *La ilusión de la moneda estable*, Ediciones Oriente, Madrid, 1930.

¹³⁴ En tal sentido se han pronunciado las SSTs de 3 de octubre de 1957 («*el deudor debe pechar con las consecuencias de su morosidad, satisfaciendo el flete de acuerdo con la cotización vigente al ser puesta a su disposición la mercancía*») y 20 de octubre de 1976, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

dinero, se hace líquida, momento en que también resulta actualizada su cuantía monetaria.

De este modo, concluye Bonet, sólo en las deudas pecuniarias simples, en que su cuantía resulta determinada, exigible y líquida, constituirían los intereses la medida cierta de la indemnización de los daños causados por la mora del deudor. En las otras dos modalidades, la indemnización se ve compensada por la actualización indirecta del valor de la deuda hasta el momento de su pago mediante la conversión a una cantidad monetaria líquida, que una vez fijada devengará, a su vez, intereses.

Pero, para Bonet, el establecimiento de los intereses legales no es excluyente ni exclusivo ni incompatible con la indemnización de un mayor daño, como pone de manifiesto que, en ciertos casos específicos, se establezcan explícitamente supuestos en que además de los intereses legales se contemple la indemnización de otros daños y perjuicios (un *mayor daño*). Así:

a) En la *fianza*, cuando el fiador paga por el deudor (art. 1.838 del Código Civil), deberá ser indemnizado por éste con la cantidad total de la deuda, sus intereses legales desde que se haya hecho saber el pago al deudor aunque no los produjese para el acreedor, los gastos que haya sufrido el fiador después de haber puesto en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago, y los daños y perjuicios cuando procedan.

b) En el contrato de *sociedad*, el socio que se ha obligado a aportar una suma de dinero y no lo hace (art. 1.682 del Código) deberá no sólo los intereses desde el momento en que debió haberla aportado, sino que también ha de indemnizar los daños que hubiere causado, y lo mismo es aplicable respecto a las sumas que hubiere tomado de la caja social¹³⁵.

c) En el *mandato*, el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día en que lo hizo, y de las que siga debiendo después de extinguido el mandato, una vez constituido en mora (art. 1.724 del Código Civil), e igualmente responderá de los daños y perjuicios que, de no ejecutar el mandato, se ocasionen al mandante (art. 1.718 del Código).

d) Por último, en el *depósito de dinero* se aplicará al depositario el mismo régimen, que acabamos de ver, previsto para el mandatario en el artículo 1.724 del Código (art. 1.770 del Código Civil).

¹³⁵ Cfr. CARDENAL, *El tiempo...*, *op. cit.*, p. 363. El argumento de la admisión expresa del *mayor daño* en relación con la fianza y la sociedad es asimismo apuntado, con relación al *Code français* y al antiguo *Codice italiano*, por MONTEL, «*Considérations sur la réparation...*», *op. cit.*, pp. 1019-1020.

Asimismo, añadimos nosotros, establece el Código la procedencia de una indemnización suplementaria en preceptos que pueden ser aplicables a obligaciones de contenido pecuniario, como es el artículo 1.124, que en su segundo párrafo establece que «*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*», poniendo de manifiesto con la conjunción copulativa «y» la no incompatibilidad con carácter general entre los intereses moratorios y el resarcimiento del *mayor daño*¹³⁶. Lo mismo resulta de los artículos 1.147.II (en los casos de deudas solidarias en que la prestación se haga imposible por culpa de cualquiera de los deudores, todos ellos serán responsables para con el acreedor del precio, de los intereses y *además* de la indemnización de los daños), 1.478.5.º (en caso de evicción, el comprador podrá reclamar al vendedor los *daños e intereses*) y 1.623 (el censualista puede reclamar las pensiones atrasadas –obligación pecuniaria– y los *daños e intereses*).

De este modo, la doctrina más reciente¹³⁷ se pronuncia en general en esta línea de admitir el resarcimiento del *mayor daño*, enten-

¹³⁶ Por supuesto siempre que, como dijimos, consideremos por *mayor* daño la cuantía que excede de los intereses moratorios legales. Así, el acreedor podrá bien solicitar los intereses legales y la diferencia entre ellos y el daño efectivamente producido o bien sólo el daño efectivamente producido, pero lo que en cualquier caso quedaría excluido sería la acumulación de intereses y *mayor daño* (entendido aquí como daño total producido), dado que ambos se solapan y resultaría que el «daño moratorio ordinario» resultaría indemnizado dos veces. En el mismo sentido, DE SINNO, Cataldo, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995, p. 18; y DI MAJO, «Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati», *Foro It.*, Vol. CXIII, 1.ª parte, 1990, col. 433.

¹³⁷ En tal sentido, además de los autores citados anteriormente y los que se citan después en el texto, cabe destacar a ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, Comentario al artículo 1.108, *Comentarios al Código civil*, coords. por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Aranzadi, Elcano, 2001, p. 1295; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pp. 298-301; DíEZ-PICAZO, Comentario al artículo 1.108, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 63-64, y *Fundamentos...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 272 y 636-638 (sobre todo en los casos de dolo del deudor); LACRUZ y otros, *Derecho de obligaciones*, Vol. 1.º, *op. cit.*, p. 209; MAS BADÍA, María Dolores, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 147-148 (que sólo lo admite respecto de los intereses legales, y no de los convencionales); NAVAS NAVARRO, Susana, «El incumplimiento de la obligación», en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 261; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, T. XLVI-II, abril-junio 1993, p. 577 (quien precisamente se refiere a la admisibilidad del *mayor daño* en las obligaciones pecuniarias como argumento para justificarla también respecto de las cláusulas penales, en las pp. 571-578); SABATER, «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado: algunas aportaciones de doctrina civil», *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública*, Vol. XXXI, n.º 153, mayo-junio 1981, pp. 678 y 696, y 690 (ésta respecto a los casos en que el deudor sea una Administración pública); SOTO NIETO, Francisco, «Intereses moratorios y de redescuento en las condenas al pago de can-

diendo que el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria regulado en el artículo 1.108 del Código es una reparación de mínimos, automática, que no excluye la prueba de unos daños mayores.

En tal sentido, Gema Díez-Picazo¹³⁸ señala que no existen, hoy por hoy, muchas voces que se aparten de esa idea, y la concreta en torno a la supuesta necesidad de dolo en el deudor. Para que el acreedor pueda recibir una indemnización por estos mayores daños no se requiere que el incumplimiento haya sido doloso, sino que basta con que los pruebe: el deudor de una obligación pecuniaria queda automáticamente, por el solo hecho de incumplir, sujeto a la obligación de indemnizar al acreedor, *cuando menos* con los intereses legales; esta tasa es de naturaleza *forfaitaria*, por lo que podrá aumentarse en función de los daños que el acreedor pruebe haber

tividad líquida», *Estudios jurídicos varios*, T. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 202 y 224-225; VEGA PÉREZ, Félix, «El interés especial del seguro como cláusula penal», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 3021 (este autor adopta esta posición implícitamente, cuando dice que «en las obligaciones pecuniarias, lo más frecuente es que los intereses cumplan el cometido de equivalente total de la indemnización de daños y perjuicios», ergo pueden no suponer ese equivalente total, dado que lo más frecuente no es lo que necesariamente haya de darse siempre; las negritas del texto son nuestras); VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. II, 3.^a ed., Ed. José M.^a Bosch, Barcelona, 1990, p. 257, e *Introducción...*, op. cit., p. 752; y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, *La deuda de intereses*, Ed. EUB, Barcelona, 2002, pp. 214-218, 224 y 276.

CARDENAL (*El tiempo...*, op. cit., pp. 363-364, 383-385 y 389-392), en una posición intermedia (aunque más próxima a la tesis favorable a la admisión del *mayor daño*), distingue entre «simple retraso relevante» y mora, y considera que la indemnización por mora debe limitarse a los intereses legales y la indemnización de los otros daños se fundaría en un incumplimiento temporal distinto de la mora. De este modo, en una línea similar a la de la doctrina francesa, considera que los daños directos y ordinariamente derivados de la mora quedan indemnizados por los intereses moratorios legales (art. 1.108 CC), mientras que los otros daños colaterales seguirían la vía ordinaria de indemnización de daños y perjuicios. El art. 1.108 CC supondría una excepción a la regla general del 1.101, «limitando así a los términos de lo pactado o, en su defecto, a la cuantía del interés legal la indemnización de perjuicios por causa de mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias», pero ello no obstaría a la suplementaria indemnización de los otros posibles daños, causados por el simple retraso culposo (*loc. cit.*, pp. 383-385).

Esta cuestión también es estudiada (pero sin pronunciarse finalmente a favor de una posición o de otra) por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, en «Comentario a la STS de 24-11-1997», *CCJC*, n.º 46, enero-marzo 1998, pp. 331-332.

Finalmente, también pueden citarse autores más antiguos que sostienen una posición favorable a admitir el resarcimiento del *mayor daño*. Así, Demófilo de BUEN (Notas sobre el Derecho civil español al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, op. cit., p. 138), probablemente por influjo de la doctrina francesa —a unos de cuyos máximos representantes anota en la obra citada—, entiende que el *mayor daño* sería indemnizable en los casos de incumplimiento con dolo (ya que «el artículo 1.108 se refiere sólo al caso de que el deudor incurra en mora; pero el dolo implica más que mora y debe tener consecuencias graves»), mientras que se aplicaría estrictamente el artículo 1.108 en los casos de incumplimiento no doloso.

¹³⁸ Díez-Picazo Giménez, Gema, «El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)», *ADC*, T. LI-II, abril-junio 1998, pp. 884-885, y anteriormente en *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 584-585 y 590-593.

sufrido realmente¹³⁹. El dolo lo que provocará será la extensión del ámbito de la indemnización, de modo que el deudor deberá indemnizar ya no sólo los daños previstos en el momento de contratar, sino todos aquéllos que se deriven del incumplimiento contractual: el resarcimiento se extiende y se hace integral. Si el acreedor no ve cubiertos los perjuicios sufridos con la cuantía del interés legal, deberá probar *ex* artículo 1.107 los daños que sobrepasen la previsión legislativa; tales daños sólo serán los previsibles en caso de no concurrir dolo, mientras que si sí lo hay podrá pretender una reparación integral de los mismos.

No obstante, el dolo del deudor sigue siendo uno de los principales argumentos para la admisión del resarcimiento del *mayor daño*, pues –como destaca esta autora¹⁴⁰– en caso de no admitirse, el deudor podría incumplir dolosamente sin que la indemnización experimentara variación alguna, ocasionando deliberada y voluntariamente daños al acreedor para responder únicamente con el interés legal o convencional de lo adeudado.

El legislador establece en el artículo 1.108 un privilegio a favor del acreedor pecuniario porque la falta de pago de una cantidad de dinero siempre produce un daño, aunque sea el mínimo que se concreta en los frutos que deja de percibir, el interés del dinero, y es la dificultad de determinar esa cuantía mínima lo que llevó al legislador a fijarla en el interés legal del dinero (lo que mínimamente obtendría un acreedor que, sin haberse pactado nada al respecto, invirtiera la cantidad adeudada)¹⁴¹. Se considera que, en un sistema económico desarrollado, la inversión del dinero proporciona en todo momento un producto, por lo que se presume que el deudor, al retener el dinero que ha de entregar al acreedor, le priva del beneficio que corresponde al tipo normal de interés, que recae sobre él¹⁴². De este modo, el privilegio se concreta en la exención para el acreedor de la prueba del daño mínimo, pero sin que ello deba suponer negarle la posibilidad de reclamar una indemnización superior si

¹³⁹ Cfr. Díez-PICAZO, Gema, *La mora...*, *op. cit.*, p. 585.

¹⁴⁰ Díez-PICAZO, Gema, *La mora...*, *op. cit.*, p. 591. En cambio, MESSA (*L'obbligazione degli interessi...*, *op. cit.*, pp. 184-185) considera –respecto del *Codice* de 1865, sustancialmente idéntico al nuestro en este punto– que no sería admisible el resarcimiento del mayor daño *ni siquiera en los casos de dolo*, ya que el texto de la ley no distingue entre unos y otros tipos de incumplimiento, máxime cuando el precepto sigue a otros en que sí se disciplina diversamente según que el incumplimiento sea doloso o culposo, y asimismo cita a POTHIER, que expresamente excluía el resarcimiento superior incluso en caso de dolo (*Tratado...*, *op. cit.*, n.º 170, p. 101: «*ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses*»).

¹⁴¹ Cfr. GARCÍA GOYENA, Comentario al art. 1.017, *op. cit.*, p. 544; así como COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, *op. cit.*, p. 53; POTHIER, *Tratado...*, *op. cit.*, n.º 170, p. 100; y TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 477.

¹⁴² Así, NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, *op. cit.*, p. 134.

prueba que el incumplimiento del deudor le ha causado un daño mayor¹⁴³.

Entiende la Profesora Díez-Picazo¹⁴⁴ que el artículo 1.108 deja abierta una vía a la admisión del resarcimiento de los mayores daños en los casos en que los intereses moratorios no cubran los daños efectivos que el incumplimiento produzca al acreedor. No obstante, por tales daños han de entenderse sólo los que le puedan ser imputables al deudor, y así no es justificable que en defecto de previsión convencional el deudor deba afrontar en general las consecuencias lesivas que se le hayan producido al acreedor en sus relaciones con terceros (por ejemplo, que el acreedor se haya buscado una financiación para hacer frente al desarrollo de la obligación con el deudor¹⁴⁵; que se haya producido una paralización de su plantilla de trabajadores, no contratados específicamente para el cumplimiento de esa obligación, por una simple carencia de otros trabajos –en cambio, si probara que para el recto cumplimiento del contrato con el deudor no aceptó otros encargos de terceros sí debería ser indemnizado por el lucro cesante–...).

Sin embargo, como excepción a la mayoritaria orientación de la doctrina más reciente en favor al resarcimiento del *mayor daño*, podemos destacar a María Teresa Martín Meléndez¹⁴⁶. Esta autora, tras citar los principales argumentos y contraargumentos dados por los partidarios de una y otra posición y la posibilidad de que los intereses legales moratorios sólo compensaran el lucro cesante y no el posible daño emergente, concluye que dichos intereses resarcirían tanto el daño emergente como el lucro cesante y afirma la no indemnizabilidad del mayor daño, *ni siquiera en los casos de mora dolosa*, lo que se vería reforzado por el carácter actualmente elevado del tipo de los intereses legales y una petición doctrinal de vuelta al sistema de *forfaitización* de la indemnización (pero no rígidamente) en los ordenamientos en que se permite el resarcimiento del *mayor daño*¹⁴⁷. Conclusiones que no compartimos, por las razones que exponemos a continuación.

¹⁴³ Cf: Díez-Picazo, Gema, *La mora...*, *op. cit.*, p. 591.

¹⁴⁴ Díez-Picazo, Gema, «El retraso en el cumplimiento...», *op. cit.*, pp. 879-880.

¹⁴⁵ Caso distinto a cuando se hubiera visto forzado a buscarla precisamente por la mora del deudor, por ejemplo por falta de numerario ante el impago por éste, supuesto en que ese mayor daño sí sería imputable al deudor y resarcible.

¹⁴⁶ Martín Meléndez, *La indemnización del mayor daño...*, *op. cit.*, pp. 160-176, y anteriormente en Comentario a la STS de 21-12-1998, *op. cit.*, pp. 729-731.

¹⁴⁷ En tal sentido, Di Majo, «Svalutazione monetaria e risarcimento del denaro (un passo avanti e due indietro...)», *GC*, 1983, pp. 773-774 (también en *Le obbligazioni pecuniarie*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1996, pp. 224-227); Inzitari, «Interessi e maggior danno», *op. cit.*, p. 234; y Trimarchi, Mario, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Ed. Giuffrè, Milán, 1983, p. 113.

5. NUESTRA POSICIÓN SOBRE LA RESARCIBILIDAD DEL MAYOR DAÑO

Por nuestra parte, entendemos que nada debería obstar al reconocimiento de la indemnización del *mayor daño*. El principio general del ordenamiento jurídico de reparación integral de los daños, recogido en los artículos 1.101 y siguientes del Código (en especial, el 1.106), no debe entenderse que sufre excepción en este caso, cuando tal excepción no se deriva explícitamente de la letra de la ley (*cuando la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete*), y ello pese a que en nuestro Código no haya precepto expreso al respecto como el del segundo párrafo del artículo 1.224 del italiano¹⁴⁸.

Con el interés legal no se produciría una satisfacción total de los daños y perjuicios que la mora del deudor causa al acreedor, pues, frente a lo establecido en el artículo 1.106 del Código Civil, sólo quedaría cubierto el daño emergente ordinario, pero no el lucro cesante¹⁴⁹ ni tampoco los posibles daños emergentes extraordinarios (por ejemplo, el que el acreedor recayera en situación de insolvencia a consecuencia del incumplimiento del deudor). Con los intereses moratorios del artículo 1.108 se repara exclusivamente el daño ordinario causado por la mora, simplemente ese retardo, que por ello no requiere de prueba por el acreedor ni el deudor podrá probar su inexistencia, pero si además de ese daño se le causan al acreedor otros daños ha de entenderse que podrá obtener su reparación¹⁵⁰, si bien ahora por la vía ordinaria de los artículos 1.101 y siguientes, con lo cual por una parte ese daño superior sí deberá ser probado por el acreedor y por otra cabrá que el deudor pruebe su inexistencia o cuantía inferior.

Por otra parte, de los dos aspectos del daño (enriquecimiento del deudor y correlativo empobrecimiento del acreedor, por la mora del primero) los intereses legales serían la indemnización correspondiente al enriquecimiento del deudor, que es normalmente inferior al empobrecimiento del acreedor, que quedaría sin cobertura

¹⁴⁸ Creemos que no se puede pretender que el Código dedique un precepto específico a cada uno de los distintos daños que pueden darse: el artículo 1.108 recogería los daños ordinarios («comunes»), mientras que los extraordinarios («propios»), que excedan de la medida legal, serían reclamables por la vía de la responsabilidad contractual o extracontractual ordinaria. Consideramos que nada autoriza, en defecto de un precepto contrario expreso, a excluir en los casos de deudas de dinero estas últimas responsabilidades, que el Código establece con un carácter general.

Por otra parte, la resarcibilidad del *mayor daño* era admitida ya por algunos autores de la doctrina italiana antigua, aun cuando el Código de 1865 carecía de un precepto en tal sentido. Así, como ya hemos citado anteriormente, GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 191-193.

¹⁴⁹ Si bien es verdad que la apreciación de la existencia y cuantía del daño emergente, en cuanto real y efectivo, es mucho más fácil que la del lucro cesante, por definición hipotético y constitutivo de una pérdida meramente potencial.

¹⁵⁰ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 227.

resarcitoria por esa diferencia. Por no haber obtenido la ganancia mínima que ordinariamente puede recibir un inversor, el acreedor se ve más empobrecido que lo que el deudor se ha enriquecido por no acudir a fuentes externas de financiación, y el tipo de interés legal sólo correspondería a esta ganancia del deudor¹⁵¹.

Igualmente, creemos que el argumento de la inexistencia en nuestro Código de un artículo parecido al 1.277 del italiano no es tampoco relevante, en la medida en que este precepto se limita a establecer el principio del nominalismo en las deudas monetarias. Debe distinguirse aquí lo que es la propia deuda, que no sufriría alteración de acuerdo con el referido principio, y los daños suplementarios que pueda sufrir el acreedor como resultado de la mora del deudor: el que el nominalismo impida la alteración de la cuantía de lo que es *estrictamente la deuda* no es óbice para que, *además de lo que es esa deuda estricta, y por distinto concepto*, puedan reclamarse otros daños sufridos.

Otro argumento que puede apuntarse es que es prácticamente unánime en la doctrina¹⁵² la consideración de que en el artículo 1.108 del Código Civil se establece un verdadero privilegio del acreedor pecuniario frente a los acreedores en otro tipo de créditos. Pues bien, de rechazar la posibilidad del *mayor daño* nos encontraríamos ante un extraño «privilegio», al que el acreedor pecuniario no podría renunciar y que en vez de beneficiarle le estaría perjudicando, y nos hallaríamos ante el contrasentido de que el inicial privilegio del acreedor pecuniario se convertiría en un auténtico privilegio del deudor pecuniario (y además estando en mora) con respecto a los deudores de obligaciones no pecuniarias, pues mientras que éstos deberían resarcir *íntegramente* el daño que causaran, el deudor pecuniario se liberaría de su responsabilidad con la simple prestación, además del capital, de los intereses legales, que en muchos casos no cubrirían el daño efectivamente experimentado por el acreedor.

Asimismo, creemos que pueden emplearse en apoyo de la tesis favorable los antecedentes del artículo 1.108, básicamente el artículo 1.153 del *Code* francés y el 1.232 del *Codice* de 1865. En cuanto al primero, como hemos visto, la jurisprudencia francesa pronto lo interpretó como que permitiría esa indemnización, lo que forzó la reforma de 7 de abril de 1900, y si la jurisprudencia francesa así lo hizo, entendemos que podremos interpretarlo en ese sentido nosotros también y considerar el precepto del *Code* en una orientación favorable a la indemnización suplementaria, lo que supondría un argumento indirecto para hacer lo propio con nuestro artículo 1.108, inspirado en aquél.

¹⁵¹ En tal sentido, LIBCHABER, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 383.

¹⁵² *Vid.*, por todos, los autores citados *supra* en la nota 1.

En cuanto al artículo 1.232 italiano, debemos tener en cuenta que establecía que «*i danni (...) consistono sempre nel pagamento degli interessi legali*», texto sobre el cual la doctrina contraria al resarcimiento del mayor daño¹⁵³ destacaba que el agotamiento de la indemnización en la cuantía de los intereses legales se derivaría claramente de ese *sempre*. Dado que nuestro precepto repite sustancialmente la misma frase pero con supresión de ese adverbio, podemos entender que esa exclusividad de los intereses legales en la indemnización ha quedado igualmente eliminada, pudiendo haber en su caso una indemnización suplementaria. Por otra parte, la excepcionalidad de los supuestos –vistos anteriormente– de la fianza y la solidaridad, que es clara en el caso del precepto italiano de 1865 («*salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società*»), en el caso español no lo es tanto, hasta el punto de poder dar fundamento a entender que en nuestro Código no sean ya excepciones, sino en realidad concreciones de un régimen general de admisión del resarcimiento del *mayor daño*.

Finalmente, es cierto que la Ley de 29 de junio de 1984, al establecer un sistema de fijación anual del tipo legal de interés por las leyes de presupuestos, permite el establecimiento de unos intereses legales más acordes con los de mercado, pero si bien ello ha atenuado el problema, no lo ha eliminado en absoluto, pues los intereses legales se siguen manteniendo en niveles inferiores a los de mercado¹⁵⁴. De esta forma, si el acreedor hubiera querido invertir la suma de la que no ha podido disponer por el impago por el deudor, habría obtenido fácilmente unos rendimientos superiores a los intereses legales, sufriendo un lucro cesante por la diferencia entre unos y otros.

El beneficio que puede obtener el deudor por no efectuar el pago tempestivamente es también superior a los intereses legales. Por una parte, como hemos dicho, disfruta de una suma a un coste (intereses legales) inferior a la rentabilidad de mercado, que puede estar obteniendo. Pero es que, además, ese coste que suponen los intereses legales es también inferior al que le supondría acudir a otras fuentes de financiación. El tipo legal de interés

¹⁵³ Así, MESSA, *L'obbligazione degli interessi...*, op. cit., pp. 180-181.

¹⁵⁴ Así, el tipo de interés legal para 2010 es del 4%, mientras que los normales de mercado pueden ser más elevados (así, por ejemplo, el tipo de referencia de préstamos hipotecarios de la CECA fue en enero de 2010 de un 5,125% –sin tener en cuenta los denominados *bonos basura*, que por su elevado riesgo pueden llegar a ofrecer en la actualidad tipos de interés próximos al 10%, o determinadas cuentas o depósitos financieros a un mes en los que algunas entidades, a fin de obtener clientes, llegan a ofrecer unos intereses del 11 ó 12%–). Si en cambio tomáramos como referencia otras posibles rentabilidades que hubiera podido obtener el acreedor, como las derivadas de la inversión en Bolsa o en metales preciosos u otras inversiones especulativas, la diferencia podría ser aún mayor.

suele determinarse por cálculos a partir del tipo básico del Banco de España –en la actualidad, el Banco Central Europeo–, mientras que lo que le costaría al deudor un préstamo en una entidad financiera, de haber tenido que recurrir a él para obtener la misma cantidad de la que está disfrutando indebidamente, sería superior, pues a ese tipo básico o al interbancario (lo que a la entidad financiera le cuestan los préstamos que le realiza el Banco de España u otras entidades financieras en el mercado interbancario) habría que añadir la ganancia de la entidad prestamista, junto a comisiones y otros posibles gastos añadidos.

Se ha objetado al reconocimiento de la indemnizabilidad del *mayor daño* la dificultad de prueba de la existencia de un daño mayor, pero no entendemos que esta objeción sea admisible. No parece aceptable negar un derecho por la posible dificultad de su prueba, puesto que es precisamente sobre el propio acreedor sobre quien recaen las dificultades de prueba, y debe suponerse que no reclamará una indemnización suplementaria más que cuando esas dificultades de prueba no revistan un carácter insuperable, ya que en cualquier caso la falta de prueba determinaría el rechazo de su solicitud. Por otra parte, las posibles dificultades procesales no deben ser óbice para la admisibilidad del resarcimiento del *mayor daño* en el ámbito sustantivo, estando además aún por demostrar las dificultades de reclamación del *mayor daño* en juicio, máxime cuando los procedimientos civiles son tan flexibles por el imperio del principio dispositivo¹⁵⁵. En cualquier caso, se ha de ser riguroso en las exigencias de la prueba de este *mayor daño* y del nexo causal entre el mismo y la mora¹⁵⁶,

¹⁵⁵ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Mora debitoris...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ Precisamente la rigurosidad en la exigencia de prueba del *mayor daño* es el principal argumento que puede oponerse a quienes alegan que su admisión dejaría al deudor expuesto a reclamaciones basadas en circunstancias absolutamente fortuitas que no habría podido prever jamás. Así, entre estos últimos, BALIS («Des dommages et intérêts...», *op. cit.*, p. 98) llega al punto de decir que de admitir el resarcimiento del *mayor daño* el acreedor terminaría por alegar que el incumplimiento del deudor «le ha impedido participar en la empresa de la retirada del fondo del mar de Salamina de la flota de los persas con su cargamento de oro» (???). Ante eso, podemos decir: ¿por qué no admitir ese resarcimiento si el acreedor pudiera probar tal circunstancia? (difícil prueba, en cualquier caso); creemos que mejor es ser riguroso en la exigencia de la prueba de los daños que excluir radicalmente la posibilidad de indemnizar todo daño suplementario, aun cuando fuera susceptible de prueba.

En cualquier caso, para la apreciación de la existencia de tal nexo causal no será preciso que el acreedor se vea en una *absoluta necesidad* de la cantidad adeudada –ya que lo normal es que tenga más dinero con el que pueda satisfacer a su vez a sus acreedores–, sino que basta con que el incumplimiento del deudor le haya puesto en la obligación de tener que reducir su nivel de vida o de no realizar actuaciones que consideraba oportunas en su actividad, y que de otro modo hubiera realizado; mientras que faltará ese nexo causal en los casos de inutilidad o carácter excesivo de esas actuaciones para las que el acreedor ha debido obtener una suma sustitutoria de la cantidad debida e impagada, o en los que el acreedor podría haber obtenido fácilmente otras cantidades sin detrimento alguno de sus actividades (en tal sentido, TRIMARCHI, Mario, *Svalutazione monetaria...*, *op. cit.*, pp. 37-39).

a fin de evitar alegaciones artificiales o incluso maniobras dolo-
sas por parte del acreedor¹⁵⁷.

Si además consideramos la fuerza de los argumentos de los autores encuadrables en la línea doctrinal favorable, ya expuestos, creemos que se puede concluir que el interés legal constituye una liquidación *mínima* de los daños, de modo que el acreedor podrá reclamar el resarcimiento de los daños superiores a la cobertura del interés legal siempre que los pruebe y concurren los requisitos contemplados en el artículo 1.107 del Código, sobre todo en los casos de dolo o mala fe en el deudor, mientras que éste podrá en cambio demostrar que tales daños superiores no se han producido (pero no el daño cubierto por el interés legal, en que queda excluida la prueba contraria).

Por otra parte, creemos que cabe añadir un argumento de justicia y equidad: es mucho más justo que el acreedor que sufre daños extraordinarios pueda reclamar su indemnización que el impedirselo¹⁵⁸. Debe entenderse que el legislador no pretende prohibir el resarcimiento del daño *propio y especial* que el acreedor pruebe haber sufrido –además del daño *común*, que se presume– y del que el deudor sea responsable, o por haberlo previsto (o ser previsible) o por concurrir en él dolo¹⁵⁹.

Más claro aún parece que los daños que el deudor cause al acreedor por actos positivos *independientes de la mora* deban ser resarcidos, y en tal sentido la jurisprudencia francesa se ha pronunciado frecuentemente, sobre todo respecto a deudores morosos que por medio de pleitos temerarios obligaban a sus acreedores a realizar grandes gastos¹⁶⁰.

Otro argumento a favor del resarcimiento del *mayor daño* puede encontrarse en la similitud entre intereses moratorios convencionales y cláusulas penales moratorias¹⁶¹. Si respecto de las cláusulas

¹⁵⁷ BALIS, «Des dommages et intérêts...», *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁵⁸ En tal sentido, es muy gráfico el ejemplo que pone GIORGI (en *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 191-192): «Cayo (...) sabe que en la caja de su amigo Ticio hay disponible la suma de 10.000 liras, y teniendo necesidad de esta suma para sus negocios mercantiles, se la pide prestada a Ticio. El amigo no se la niega; únicamente le hace conocer que, dentro de seis meses, necesita la cantidad para completar en el Banco el pago de ciertas acciones, bajo pena [de] que, de no efectuarlo, pierde las cantidades ya entregadas sobre las mismas acciones compradas. Por consiguiente, se le promete la restitución dentro de seis meses. Pero vencen los seis meses y Cayo no restituye la suma. Ticio no puede efectuar la compra y pierde las acciones. O bien, si [se] quiere así, está obligado a recurrir a crédito, no encontrando otro medio para procurarse las 10.000 liras que pagando usura y descuentos superiores al interés legal. ¿Se dirá, no obstante, que Cayo esté libre de toda obligación suya con pagar los intereses legales moratorios cuando a su antojo restituya la suma?».

¹⁵⁹ Cfr. GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁰ Vid. GIORGI, *loc. cit.*, p. 193.

¹⁶¹ Hasta el punto de que la cláusula penal moratoria puede instrumentarse en forma de intereses, proporcionalmente al tiempo y el capital. En realidad, cláusula penal e intereses serían figuras que funcionan como esferas secantes, de modo que si bien habría penas que no adoptarían la forma de intereses, y a la inversa, en otros casos coincidirían ambas.

penales cuya cuantía finalmente resulta inferior al daño que le es causado efectivamente al acreedor se admite que éste pueda reclamar la indemnización de ese mayor daño, y ello es compartido por la mayoría de la doctrina¹⁶² e incluso por la jurisprudencia¹⁶³, no

¹⁶² Tal admisión se hace incluso por quienes niegan su procedencia generalizada, al menos respecto a los casos de dolo o daños distintos del previsto en la pena (además, claro está, de la existencia de un pacto que permita pedir el resarcimiento del daño superior a la pena). Así, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 56-60; BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pp. 127-143; CARRASCO PERERA, Angel, Comentario al artículo 1.102 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, T. XV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1989, p. 468 (este autor incluso parece aceptar la aplicabilidad de esta doctrina a otros tipos de *forfaitización* legal de la responsabilidad: «el artículo 1.102 alcanza en su prohibición a la fijación del quantum, en concepto de cláusula penal, arras o... cualquier otro, siempre que la responsabilidad fijada por forfait sea inferior –para el caso de dolo– a la que resultaría de aplicar las reglas generales. El acreedor tiene derecho a esperar en estos casos todo su interés de cumplimiento» –los puntos suspensivos y guiones aparecen en el original, las negritas son nuestras–); DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 357-368 (que, no obstante, excluye expresamente la posibilidad de reclamación del daño superior en los intereses, fuera del caso de dolo: p. 364, nota 1069); ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDP*, T. XXX, marzo 1946, pp. 165-167 [también en *Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Canovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, T. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1042-1043] (que, aunque no admite el resarcimiento del mayor daño con carácter general, sí lo acepta cuando ese daño sea distinto del previsto en la pena, provenga de dolo o haya pacto expreso que permita reclamar por el daño superior a la pena); MANRESA, Comentario a los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel MORENO MOCOLÍ, T. VIII, Vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 481-483; RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la cláusula penal...», *op. cit.*, pp. 564-565 y 571-578; y SANZ VIOLA, Ana María, *La cláusula penal en el Código Civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 82-86 (que, aunque no muy claramente, parece seguir la posición de Espín).

En contra, sin embargo, se pronuncian ALBALADEJO, Comentario a los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, T. XV, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, pp. 468-469 (que además cita la STS de 21 de noviembre de 1913); ESPÍN ALBA, Isabel, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 112-118 (que estima que lo procedente en caso de dolo no sería el resarcimiento del mayor daño, sino la nulidad de la cláusula penal que supusiera una renuncia a la acción de responsabilidad por dolo, y en caso de culpa simple habría que acudir a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*); GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)», *RDM*, n.º 150, 1978, p. 513 (autor que mantiene que las cláusulas penales –configuradas como cláusulas limitativas de responsabilidad– serían válidas y aplicables –no pudiéndose por tanto pedir un complemento, incluso en el caso de dolo– siempre que su montante no sea mínimo e irrisorio, que prácticamente suponga una exoneración); y MAS BADÍA, *La revisión judicial...*, *op. cit.*, pp. 266-267 (que considera no admisible la indemnización del mayor daño en relación con los intereses moratorios convencionales –sí respecto de los legales: pp. 147-148– y definiendo también la nulidad de la cláusula penal que suponga una limitación o exoneración de responsabilidad en caso de dolo, recurriéndose entonces al régimen general de responsabilidad).

¹⁶³ Así, pueden citarse entre otras las SSTS de 1 de febrero de 1971, 26 de mayo de 1980, 17 de marzo de 1986, y 22 de octubre (que para ello curiosamente niega el carácter de cláusula penal del pacto en el caso litigioso, y lo considera «meramente una garantía [¿la cláusula penal no es una garantía?, podríamos decir] encaminada a compensar la ocu-

se ve por qué ha de negarse esa indemnización en el caso de los intereses moratorios, incluso convencionales, que se dirigen por otra vía hacia la satisfacción de los mismos fines (indemnización *forfaitaria* de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor debido a la mora del deudor).

Esta posibilidad es aún más clara en el Derecho navarro, en el que la ley 518 del Fuero Nuevo¹⁶⁴ permite el resarcimiento integral del daño al configurar la cláusula penal como subsidiaria, de modo que el acreedor puede rechazar el pago de la pena y reclamar la indemnización correspondiente al incumplimiento de la obligación principal, o bien cobrar la pena y luego reclamar la indemnización con deducción de la cuantía de la pena (es decir, lo que podrá reclamar será precisamente el *mayor daño* sufrido). De esta forma, la pena (o, en nuestro caso, los intereses) constituirá claramente el importe mínimo de la indemnización.

Asimismo, otro posible medio para alcanzar el resarcimiento del *mayor daño*, cuando sea superior a los intereses moratorios *convencionales*, puede ser el de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, si bien la naturaleza excepcional y muy restringida que caracteriza a la misma determinará que en la práctica pueda obtenerse el resarcimiento por este medio sólo en contadas ocasiones, al ser tan gravosas las exigencias y condiciones de su aplicación. No obstante, si de una correcta interpretación de la relación obligatoria entre las partes se deduce que el pacto de los intereses moratorios no pudo de ninguna manera abarcar el acontecimiento sobrevenido que hace más gravosas las condi-

pación que pueda mantener sobre el local vendido el adquirente») y 7 de diciembre de 1990 [que, de modo aún más claro, señala que «dicha pena convencional, aun cuando deba ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplidor contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionadora, al poder aquél, a su arbitrio y de forma unilateral, retrasar el desalojo efectivo del inmueble continuando su ocupación de mala fe hasta considerarse compensado de las cantidades perdidas por aplicación de la cláusula contractual pactada»; los paréntesis son del original, las negritas nuestras].

¹⁶⁴ La ley 518 FNNa, intitulada *Estipulación penal*, dispone en sus párrafos segundo y tercero que «(...) La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal. / Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato».

ciones de desenvolvimiento de esa relación obligatoria y se dan los referidos requisitos exigidos jurisprudencialmente para la cláusula *rebus sic stantibus*, no parece haber obstáculo alguno para su aplicación –siempre que quede de relevancia su carácter absolutamente excepcional–, pues de otro modo resultarían perjudicadas precisamente las partes que más previsión demostraron al establecer unos intereses moratorios como correctivo de la mora¹⁶⁵.

De los dos sistemas seguidos en los Derechos de nuestro entorno que admiten el resarcimiento del *mayor daño*, el que permite al acreedor reclamar la indemnización del mismo sin más que probar su existencia (Alemania e Italia, principalmente) y el que lo restringe a los casos de mala fe del deudor (Francia, aunque como hemos visto la jurisprudencia tiende a ampliar el estrecho margen legal), parece preferible el primero¹⁶⁶, ya que el perjuicio del acreedor puede existir con independencia de la concurrencia de mala fe en el deudor. Si el acreedor en las obligaciones no pecuniarias puede reclamar una indemnización por todos los perjuicios que le cause la mora del deudor sólo con la existencia en éste de culpa (sin necesidad de llegarse al dolo), no debería haber objeción para admitir lo mismo para las obligaciones pecuniarias, respecto de las que además se entiende que, debido a que en ellas no puede darse nunca una imposibilidad absoluta y objetiva, se ha producido una cierta objetivización de la responsabilidad del deudor.

6. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En España, la jurisprudencia ha seguido en esta materia durante mucho tiempo una línea predominantemente contraria al resarcimiento del *mayor daño*, sobre la base de que la indemnización por la mora en el pago de cantidades de dinero consistiría exclusiva-

¹⁶⁵ En ese sentido, aunque respecto a la cláusula penal, se pronuncian ESPÍN ALBA, *La cláusula penal...*, *op. cit.*, pp. 114-115, y RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», *RDP*, T. LIX, 1975, p. 411. En contra, en cambio, CARRASCO, «Comentario a la STS de 19-4-1985», *CCJC*, n.º 8, abril-agosto 1985, p. 2588 (que considera inadecuada la cláusula *rebus...* para, en general, los contratos sinalagmáticos de perfección instantánea en que se difiere en el tiempo la ejecución de una de las prestaciones, como las deudas dinerarias a plazo), así como la propia STS comentada.

En la jurisprudencia, la STS de 15 de abril de 1991, si bien *obiter dicta*, admite que pueda irse más allá de los intereses legales de demora por la vía de la cláusula *rebus...*

¹⁶⁶ Igualmente, MONTEL, «Considérations sur la réparation...», *op. cit.*, pp. 1023-1024.

mente en el pago de los intereses convenidos y en su defecto en el legal¹⁶⁷, aunque sin que faltaran algunas resoluciones favorables¹⁶⁸, contradictoriedad que ya se daba en la jurisprudencia anterior al Código¹⁶⁹.

Paradójicamente, mientras la Sala Primera del Tribunal Supremo seguía una interpretación restrictiva del artículo 1.108 del Código Civil y en general no venía admitiendo la posibilidad de resarcimiento del *mayor daño*, las Salas de lo Contencioso-Administrativo sí aceptaban la prueba de un mayor daño producido por la mora del deudor. Así, por ejemplo, la Sala Cuarta de lo Contencioso-Admi-

¹⁶⁷ Así, en sentido contrario al *mayor daño*, se han pronunciado entre otras, las SSTs de 27 de febrero de 1882, 24 de noviembre de 1894, 20 de abril de 1897, 23 de febrero de 1900, 19 de febrero de 1906 (aunque esta sentencia admite el posible resarcimiento de daños «por otro concepto»), 6 de mayo de 1911, 28 de enero de 1919, 4 de octubre de 1930, 4 de julio de 1944, 13 de marzo de 1954, 2 de octubre de 1958, 5 de mayo de 1959, 26 de febrero de 1973, 26 de marzo y 25 de junio de 1976, 23 de enero de 1985, 21 de octubre de 1986, 3 de noviembre de 1988, 15 de julio de 1989, 23 de abril y 21 de diciembre de 1998, 8 de marzo de 2002... También puede citarse en esa posición contraria la SAP Málaga (Secc. 4.ª) de 16 de mayo de 2002.

¹⁶⁸ La STS de 19 de junio de 1903 afirma que para «*la condena de indemnización de daños y perjuicios (...), aparte de tales intereses, (...) habría sido preciso que se hubiera intentado justificar siquiera la existencia de perjuicios especiales y extraordinarios sobrevenidos al actor (...), sin lo que la indemnización por mora de daños y perjuicios sólo puede consistir en el pago de los intereses legales o convenidos*» (luego a contrario cabe entender que si se realiza esa justificación de la existencia de «perjuicios especiales y extraordinarios» sí cabría una condena a una indemnización suplementaria a los intereses legales). En parecido sentido se pronunciaron también la STS de 3 de septiembre de 1903, que reconoce la posibilidad de indemnización de los perjuicios especiales y extraordinarios causados por falta de pago; la de 19 de febrero de 1906, que implícitamente hace lo propio, al señalar que «*tratándose de daños consistentes en la mora del pago del precio, y no por otros conceptos que no han sido discutidos ni comprobados, resultaría duplicidad de tal indemnización si hubiera de satisfacer además (...) interés por aquel único concepto*» (las negritas son nuestras); y más recientemente la de 27 de febrero de 1945, que señala que la extensión de los daños indemnizables provocados por la mora del deudor no siempre puede entenderse cubierta por el interés legal, como en los casos de una resistencia abusiva del deudor con el deliberado propósito de dañar o una conducta vejatoria frente al acreedor.

En cualquier caso, la jurisprudencia siempre exige cumplida prueba de los hipotéticos daños o perjuicios que produzca la mera indisponibilidad de una cantidad de dinero debida y cuya indemnización se pretenda al margen de los intereses legales. Así, la STS de 26 de diciembre de 1996 señala que «*no se ha probado lo más mínimo [que la parte alegante hubiera podido realizar una serie de inversiones en caso de haber cobrado tempestivamente] (...). Indemnizar los daños entonces no sería más que indemnizar meros sueños de ganancia, y esto no es lo que protege el art. 1101 CC*».

¹⁶⁹ La STS de 22 de enero de 1863 afirmó que «*nada hay que justifique lo que se llama máxima de jurisprudencia para que se equiparen los intereses del dinero a la indemnización de daños y perjuicios, dándoles este carácter*», por lo que, al negar que concurra el carácter de indemnización en los intereses moratorios, venía a considerar que cabe la posibilidad de una indemnización suplementaria. En cambio, la STS de 30 de octubre de 1884 consideró que «*condenado el demandado al pago de la cantidad demandada con el interés legal de un 6 por 100, y además a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago haya ocasionado a los demandantes, es indudable que la Sala sentenciadora sentencia por un solo concepto a una doble indemnización, razón por la que la sentencia recurrida infringe el principio de Derecho que establece que el abono de intereses por deudas de cantidad constituye la indemnización de los perjuicios que pueda sufrir el acreedor por falta de pago de una cantidad de dinero a su debido tiempo, no cabiendo que esa indemnización se deba y satisfaga a la vez en dos formas distintas*».

nistrativo ha reconocido reiteradamente¹⁷⁰ el derecho a obtener una indemnización complementaria por los gastos (en especial, los bancarios) que el contratista se haya visto obligado a realizar, más allá de los intereses legales o convencionales, en los contratos administrativos que los organismos públicos celebren con los particulares o sobre la indemnización por mal funcionamiento de los servicios públicos¹⁷¹, posición que se ha mantenido cuando la competencia sobre los asuntos contencioso-administrativos se ha concentrado en la Sala Tercera¹⁷².

No obstante, en los últimos tiempos se viene observando una cierta apertura también de la jurisprudencia civil a la admisión del resarcimiento del *mayor daño*, aunque sin seguir una orientación definida en tal sentido¹⁷³. Así, cabe citar las Sentencias de 6 de diciembre de 1979¹⁷⁴, 28 de mayo de 1985¹⁷⁵, 21 de marzo y 26 de octubre de 1991¹⁷⁶, 24 de noviembre de 1997, 12 de julio de 1999¹⁷⁷ y 27 de julio de 2000^{178 179}.

¹⁷⁰ Como en las SS de 11 de noviembre de 1965, 17 de junio de 1967, 15 de enero (dos de la misma fecha) y 22 de diciembre de 1971, 7 de febrero de 1975, 21 de junio de 1977; 10 de abril, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1978 y 2 de febrero de 1980, entre otras muchas.

¹⁷¹ Así, la STS (Sala 4.ª) de 31 de enero de 1979 admite la indemnización por el «perjuicio económico, cierto, probado» y la «existencia de unos gastos que se han producido al prolongarse tales operaciones bancarias», de modo que **«la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mora no puede limitarse al interés legal del dinero fijado en el artículo 1.108 del Código Civil, sino que comprende, a tenor del artículo 1.107 del mismo Cuerpo legal, los gastos bancarios que por establecimiento de créditos se ocasionen durante el tiempo de duración de la mora»**. Las negritas son nuestras.

¹⁷² Así, la STS (Sala 3.ª) de 2 de febrero de 1995 ha reconocido, si bien como *obiter dictum*, la indemnización del montante real de los daños efectivamente producidos en caso de morosidad en el cumplimiento por parte de la Administración, aun cuando superen la cuantía de los intereses legales.

¹⁷³ Lo que es puesto de manifiesto por existir resoluciones de índole contraria también entre las más recientes. Por otra parte, como indicaremos en las notas que siguen, las resoluciones favorables frecuentemente recurren, para lograr el total resarcimiento de los daños, a negar la aplicabilidad del artículo 1.108 CC.

¹⁷⁴ Que permite la acumulación de distintas indemnizaciones.

¹⁷⁵ Según la cual **«es correcta la condena a la indemnización de perjuicios solicitada por el actor recurrido, dado el incumplimiento que se aprecia en el prestatario derivado de su contravención contractual, de carácter doloso además, a tenor de los artículos mil ciento uno y Sentencias [sic; se supone que pretenderá decirse «siguientes»] del Código Civil, sobre todo cuando como en el caso se acredita la realidad de los perjuicios y no se establecen los mismos por el sólo hecho del incumplimiento»**.

¹⁷⁶ Que establecen el IPC como criterio de actualización de una cantidad, en vez de recurrir a los intereses legales, a fin de lograr el total resarcimiento.

¹⁷⁷ Que admite la acumulación de los intereses y una indemnización por daños morales.

¹⁷⁸ En un caso en que, aun tratándose de una cantidad de dinero, se señala por el Alto Tribunal que no es aplicable el artículo 1.108 CC, **«porque el objeto que constituye la partida impugnada, no es el interés de lo que se dice adeudado, y que se demoró en el pago, sino la indemnización de perjuicios concretos que tal incumplimiento produjo en el contratista (...), por lo que hay que entender que los perjuicios no se cifraron en el puro y simple retraso, sino en las consecuencias perniciosas que éste produjo para el contratista»**.

¹⁷⁹ En contra, además de las otras citadas supra en la nota 167, sigue la antigua línea contraria al resarcimiento del *mayor daño* de un modo especialmente expresivo la STS de 21 de diciembre de 1998 (comentada por MARTÍN MELÉNDEZ en CCJC, *op. cit.*, pp. 715-731): **«se configuran así los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de reclamación de cumplimiento de obligaciones dinerarias, de acuerdo con los términos del artículo 1.108, como una indemnización de carácter tasado que si libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño, impide, por otra parte, (...) exigir y probar la existencia de un daño mayor»**.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Librería Bosch, Barcelona, 1970.
- Comentario a los artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XV, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1983, pp. 466-481.
- ALMEIDA COSTA, Máro Júlio de, *Direito das obrigações*, 9.ª ed., 3.ª reimpr., Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 2005.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, Comentario al artículo 1.108, *Comentarios al Código civil*, coords. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 1294-1297.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993.
- ASCARELLI, Tullio, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Ed. CEDAM, Padua, 1928.
- «Limiti di applicabilità dell'art. 1231 Codice civile», *Riv. dir. comm.*, vol. XXVIII, parte 1.ª, 1930, pp. 379-394.
- BALIS, Georges, «Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent», *Rev. Cr. Lég. Jur.*, t. LIV, 1934, pp. 97-104.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III. 2.ª ed. (reimpr.), Ed. Giuffrè, Milán, 1964.
- BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho privado*, trad. de la 6.ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. III, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. XII, t. I, 3.ª ed., Ed. Sirey, París, 1906.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- BIANCA, C. Massimo, Comentario al artículo 1.224, en *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, libro IV, arts. 1218-1229, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, pp. 283-306.
- BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el Derecho civil español*, t. I, Ed. Cultural, La Habana, 1930.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- BONET CORREA, José, «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarías», *ADC*, t. XXXII-II/III, abril-septiembre 1979, pp. 371-393.
- *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- BORRELL SOLER, Antonio M.ª, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- BOWLES, Roger A. y WHELAN, Christopher J., «Judgement Awards and Simple Interest Rates», *International Review of Law and Economics*, vol. 1, n.º 1, junio 1981, pp. 111-114.
- «Interest on Debts», *MLR*, vol. 48, n.º 3, marzo 1985, pp. 229-235.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, t. LX-II, abril-junio 2007, pp. 621-848.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- CAPILLA RÓNCERO, Francisco, «Comentario a los artículos 1.681 a 1.683 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XXI, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 187-279.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, trad. y adiciones de Manuel M.ª Zorrilla Ruiz, t. II, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1971.
- CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario a la STS de 19-4-1985», *CCJC*, n.º 8, abril-agosto 1985, pp. 2581-2589.
- «Comentario al artículo 1.102 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XV, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 444-307.
- CATALA, Pierre (dir.), *Avant-Projet de réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil). Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005*, Versión publicada por el Ministerio de Justicia francés en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen, t. III, 4.ª ed. española (reimpr.), revis. por Manuel Batlle, Ed. Reus, Madrid, 1987.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª ed. Vol. I, Ed. Giuffrè, Milán, 1979.
- DE SINNO, Cataldo, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.
- DI MAJO, Adolfo, «Obbligazioni pecuniarie», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX, Ed. Giuffrè, Milán, 1979, pp. 222-298.
- «Svalutazione monetaria e risarcimento del denaro (un passo avanti e due indietro...)», *GC*, vol. XXXIII, Parte 2.ª, 1983, pp. 770-776 (también en *Le obbligazioni pecuniarie*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1996, pp. 217-228).
- «Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati», *Foro It.*, vol. CXIII, parte 1.ª, 1990, cols. 431-436.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Comentario al artículo 1.108», *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 62-64.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 5.ª ed, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- «El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)», *ADC*, t. LI-II, abril-junio 1998, pp. 873-885.
- DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Ed. UTET. Turín, 1970.
- DORAL GARCÍA, José Antonio y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *ADC*, t. XXXIII-III, julio-septiembre 1980, pp. 523-569.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones* (T. II del *Tratado de Derecho civil* de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff), vol. 1.º, 11.ª revis. por Heinrich Lehmann, 2.ª ed. española, trad. y anot. por Blas Pérez González y José Alguer, al cuidado de José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1954.
- ESPÍN ALBA, Isabel, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDP*, t. XXX, marzo 1946, pp. 145-169. También en *Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Canovas (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1005-1046.
- FISHER, Irving, *La ilusión de la moneda estable*, Ediciones Oriente, Madrid, 1930.
- FRAGALI, Michele, «Comentario al artículo 1.815», en *Il mutuo*, 2.ª ed. (reimpr.), libro IV, arts. 1813-1822, del *Commentario del Codice Civile*, dir. por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Ed. Nicola Zanichelli-Soc. editora del Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1967, pp. 346-388.
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I. 2.ª ed, Ed. CEDAM, Padua, 1993.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- GEVERS, Madeleine, *Étude sur les obligations dans la jurisprudence contemporaine*, Ed. M. Lamertin, Bruselas, 1929.
- GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno* (trad. de la 7.ª ed. italiana anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*), 2.ª ed. (reimpr.), vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1977.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)», *RDM*, n.º 150, octubre-diciembre 1978, pp. 477-560.
- GRANITO, Aristide, «Interessi», *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, dir. por Vittorio Scialoja, Roberto de Ruggiero y Pietro Bonfante, vol. III, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1923, pp. 738-766.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente, Comentario al artículo 1.838 del Código Civil, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XXIII, 2.ª ed., EDESA, Madrid, 1990, pp. 250-265.
- Comentario al artículo 1.838, *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1819-1822.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. 12.ª ed, Ed. Porrúa, México, 1997.

- HAGER, Johannes, «Comentario a los §§ 288-291 BGB», *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, dir. por Walter Erman, t. I, 11.ª ed., Ed. Aschendorff, Münster, 2004, pp. 918-921.
- HARRIS, D. R., «Damages», *Chitty on Contracts*, vol. I, 29.ª ed., Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 1423-1519.
- INZITARI, Bruno, «Interessi e maggior danno», en *La moneta* (Vol. VI del *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dir. por Francesco Galgano), Ed. CEDAM, Padua, s. f. (1983), pp. 221-265.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín, *Derecho de obligaciones* (T. II de los *Elementos de Derecho Civil*), vol. 1.º, 3.ª ed, revis. y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- LASSMAN, M. A., «Interests on Debts», *New Law Journal*, vol. 129, n.º 5902, 3-5-1979, pp. 447-449, y n.º 5903, 10-5-1979, pp. 475-478.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, t. XVI, Eds. A. Durand & Pedone Lauriel/Bruylant-Christophe & Comp, París/Bruselas, 1875.
- LIBCHABER, Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992.
- LIBERTINI, Mario, «Interessi», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXII, Ed. Giuffrè, Milán, 1972, pp. 95-143.
- LOMONACO, Giovanni, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (Parte X de *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*), vol. I, 2.ª ed., Eds. Eugenio Margheri/UTET, Nápoles/Turín, 1912.
- LÓPEZ ANTÓN, Félix, *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, t. XLVII-III, julio-septiembre 1994, pp. 5-29.
- MALAUURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil*. t. VI. 5.ª ed, Ed. Cujas, París, 1994.
- MANN, F. A., *The legal aspect of money*, 2.ª ed, Ed., Clarendon Press, Oxford, 1953.
- «On interest, compound interest and damages», *The Law Quarterly Review*, vol. 101, enero 1985, pp. 30-47.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario a los artículos 1.108 y 1.109», *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel Moreno Mocholí, t. VIII, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 243-260.
- «Comentario a los artículos 1.152 a 1.153», *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª ed. revis. por Miguel Moreno Mocholí, t. VIII, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 476-490.
- MARINETTI, Giuseppe, «Interessi (Diritto civile)», *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII, Ed. UTET, Turín, 1962, pp. 858-880.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, «Comentario a la STS de 21-12-1998», *CCJC*, n.º 50, abril-agosto 1999, pp. 715-731.
- *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
- MAS BADÍA, María Dolores, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MAZEAUD, Henri y LÉON, y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. III, vol. I, Prefacio de Henri Capitant, trad. de la 5.ª ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

- MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, ed. española a cargo de Ángel Martínez Sarrión, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 2003.
- MESSA, Gian Carlo, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, 2.^a ed., Società Editrice Libreria, Milán, 1932.
- MONTEL, Alberto, «Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les Obligations)», *RTDC*, t. XXXI, 1932, pp. 1017-1025.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, «Comentario a los artículos 1.106 a 1.108», *Código civil*, t. XIX, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1902, pp. 552-578.
- NUSSBAUM, Arthur, *Teoría jurídica del dinero. (El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero)*, trad. por Luis Sancho Seral, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.
- ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano, «Mora do devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 48, mayo 1955, pp. 5-317.
- PAZ-ARES, Cándido, «Comentario al artículo 1.682», *Comentario del Código Civil*, dir. por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1419-1421.
- PINTO MONTEIRO, António, «Inflação e direito civil», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, vol. II, n.º especial del *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1989, pp. 871-907.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, trad. por Leonel Pereznieta Castro según la 3.^a ed. francesa (1946), Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, corr. y revis. por M. C. de las Cuevas según la ed. francesa de 1824, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- PROSPERETTI, Marco, «Introduzione al problema degli interessi monetari», *Temì romana*, t. XXIX, 1980, pp. 1-19.
- PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; Gil Rodríguez, Jacinto y Hualde Sánchez, José Javier, *Manual de Derecho Civil*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- QUADRI, Enrico, «Gli interessi», en *Le obbligazioni pecuniarie*, de *Obbligazioni e contratti*, t. I, vol. 9 del *Trattato di diritto privato*, dir. por Pietro Rescigno, Ed. UTET, Turín, 1984, pp. 523-576.
- RICCIO, Domenico, «Gli interessi moratori usurari», *Rivista giuridica di Molise e Sannio*, vol. 3-2004, pp. 39-73.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, t. XLVI-II, abril-junio 1993, pp. 511-587.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II, 3.^a ed, Ed. Porrúa, México, 1976.
- RUGGIERO, Roberto DE, *Instituciones de derecho civil*, trad. de la 4.^a ed. italiana anotada y concordada por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. II (Derecho de obligaciones-Derecho de familia-Derecho hereditario), Ed. Reus, Madrid, 1931.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», *RDP*, t. LIX, 1975, pp. 374-412.

- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirs. por Manuel Albaladejo, t. XV, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 752-918.
- «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1893-1919.
- SABATER BAYLE, Elsa, «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado: algunas aportaciones de doctrina civil», *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública*, vol. XXXI, n.º 153, mayo-junio 1981, pp. 665-699.
- *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.
- SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentario a los artículos 1.108 a 1.110», *Comentario del Código Civil*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, t. 6, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 149-165.
- SANZ VIOLA, Ana María, *La cláusula penal en el Código Civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- SCADUTO, Gioachino, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1924.
- SCHMIDT, Karsten, *Geldrecht: Geld, Zins und Währung im deutschen Recht*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1983.
- SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi/Universidad Pontificia Comillas, Pamplona, 1998.
- «Comentario a la STS de 23-12-2002», *CCJC*, n.º 61, enero-marzo 2003, pp. 382-384.
- SOTO NIETO, Francisco, «Intereses moratorios y de redescuento en las condenas al pago de cantidad líquida», *Estudios jurídicos varios*, t. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 191-244.
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 6.ª ed., Ed. Dalloz, París, 1996.
- TRIMARCHI, Mario, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Ed. Giuffrè, Milán, 1983.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Ed. Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1980.
- «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, n.º 536, 1980, pp. 41-92.
- «Obligaciones pecuniarias», *NEJ*, t. XVIII, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1986, pp. 185-208.
- VEGA PÉREZ, Félix, «El interés especial del seguro como cláusula penal», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 3019-3051.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. II, 3.ª ed., Ed. José M.ª Bosch, Barcelona, 1990.
- VIGNERON, Roger, «Le nouveau taux d'intérêt légal et le régime des intérêts octroyés en justice», *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, t. 16, n.º 1/2, 1971, pp. 49-103.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, *La deuda de intereses*, Ed. EUB, Barcelona, 2002.
- VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: effets* (T. V del *Traité de droit civil*, dir. por Jacques Ghestin), Ed. L. G. D. J., París, 1988.

- VOLLKOMMER, Max, «Comentario a los §§ 288-291 BGB», *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zum Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, dir. por Othmar Jauernig, 8.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munich, 1997, pp. 273-276.
- VON MAYDELL, Bernd, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1974.
- VON TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, t. I, vol. 1.º, Trad. por Tito Ravá, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- *Tratado de las obligaciones*, trad. y concord. por W. Roces, reimpr. de la 1.ª ed., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Ed. Reus, Madrid, 1999.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario a la STS de 24-11-1997», *CCJC*, n.º 46, enero-marzo 1998, pp. 319-337.
- WESTERMANN, Harm Peter; BYDLINSKI, Peter y WEBER, Ralph, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2003.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de Derecho privado europeo*, trad. de Antoni Vaquer Aloy, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE

1. **Modificaciones.** *DOUE*, L, núm. 277, de 22 de octubre de 2009; *DOUE*, L, núm. 304, de 19 de noviembre de 2009; *DOUE*, L, núm. 334, de 17 de diciembre de 2009.
2. **Modificaciones del Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre la creación de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia.** *DOUE*, C, núm. 28, de 4 de febrero de 2010.

DERECHOS DE AUTOR

3. **Información sobre la fecha de entrada en vigor del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.** *DOUE*, L, núm. 32, de 4 de febrero de 2010.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

4. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).** *DOUE*, L, núm. 309, de 24 de noviembre de 2009.
5. **Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.** *DOUE*, L, núm. 331, de 16 de diciembre de 2009.
6. **Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Decisión 2006/325/CE a fin de establecer un procedimiento para la aplicación del artículo 5, apartado 2, del Acuerdo**

entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil. *DOUE*, L, núm. 331, de 16 de diciembre de 2009.

7. Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Decisión 2006/326/CE a fin de establecer un procedimiento para la aplicación del artículo 5, apartado 2, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. *DOUE*, L, núm. 331, de 16 de diciembre de 2009.

INVERSIONES

8. Reglamento (CE) núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia. *DOUE*, L, núm. 302, de 17 de noviembre de 2009.
9. Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). *DOUE*, L, núm. 302, de 17 de noviembre de 2009.

MEDIOS DE PAGO

10. Reglamento (CE) núm. 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2560/2001. *DOUE*, L, núm. 266, de 9 de octubre de 2009.

NOMBRES DE DOMINIO

11. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 560/2009 de la Comisión, de 26 de junio de 2009, que modifica el Reglamento (CE) núm. 874/2004 por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel .eu, así como los principios en materia de registro. *DOUE*, L, núm. 291, de 7 de noviembre de 2009.

PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

12. Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. *DOUE*, L, núm. 337, de 18 de diciembre de 2009.

SEGUROS

13. **Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).** *DOUE*, L, núm. 335, de 17 de diciembre de 2009.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BIENES CULTURALES

14. **Restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (versión codificada)***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (versión codificada) COM(2007) 0873 – C6-0025/2008 – 2007/0299(COD).** *DOUE*, C, núm. 279 E, de 19 de noviembre de 2009.

CONSUMIDORES

15. **Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2008, sobre la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013 [2007/2189(INI)].** *DOUE*, C, núm. 279 E, de 19 de noviembre de 2009.
16. **Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva.** *DOUE*, C, núm. 287, de 27 de noviembre de 2009.
17. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores COM(2007) 0698 – C6-0420/2007 – 2007/0248(COD).** *DOUE*, C, núm. 8 E, de 14 de enero de 2010.
18. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 24 de septiembre de 2008 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se**

modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 8 E, de 14 de enero de 2010.

19. **Transposición, aplicación y ejecución de las Directivas 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales y 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2009, sobre la transposición, aplicación y ejecución de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa [2008/2114 (INI)].** *DOUE*, núm. 46 E, de 24 de febrero de 2010.

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

20. **Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.** *DOUE*, C, núm. 295 E, de 4 de diciembre de 2009.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

21. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2008, sobre el debate anual sobre los progresos realizados en 2007 en el espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) (artículos 2 y 39 del TUE).** *DOUE*, C, núm. 8 E, de 14 de enero de 2010.
22. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial.** *DOUE*, C, núm. 15 E, de 21 de enero de 2010.
23. **Competencia y cooperación en materia de obligaciones de alimentos Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos [14066/2008 –C6-0384/2008–2005/0259(CNS)].** *DOUE*, C, núm. 21 E, de 28 de enero de 2010.
24. **Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el documento**

público europeo [2008/2124(INI)]. *DOUE*, C, núm. 45 E, de 23 de febrero de 2010.

25. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la justicia en línea (e-Justicia) [2008/2125(INI)]. *DOUE*, C, núm. 45 E, de 23 de febrero de 2010.
26. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas [2008/2123(INI)]. *DOUE*, C, núm. 45 E, de 23 de febrero de 2010.
27. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil COM(2008)0380–C6-0248/2008–2008/0122(COD). *DOUE*, C, núm. 45 E, de 23 de febrero de 2010.
28. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 16 de diciembre de 2008 con vistas a la adopción de la Decisión núm. .../2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *DOUE*, C, núm. 45 E, de 23 de febrero de 2010.

INVERSIONES

29. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Agencias de calificación crediticia» COM(2008) 704 final – 2008/0217 (COD). *DOUE*, C, núm. 277, de 17 de noviembre de 2009.
30. P6_TC1-COD(2008)0153 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 13 de enero de 2009 con vistas a la adopción de la Directiva 2009/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (versión refundida). *DOUE*, C, núm. 46 E, de 24 de febrero de 2010.

MEDIACIÓN

31. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de abril de 2008, respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [15003/5/2007 – C6-0132/2008 – 2004/0251(COD)]. *DOUE*, C, núm. 259 E, de 29 de octubre de 2009.

MULTIPROPIEDAD

32. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 22 de octubre de 2008 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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*, C, núm. 15 E, de 21 de enero de 2010.

PROPIEDAD INTELECTUAL

33. **Protección jurídica de programas de ordenador (versión codificada) ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de programas de ordenador (versión codificada) COM(2008) 0023 – C6-0042/2008 – 2008/0019(COD).** *DOUE*, C, núm. 286 E, de 27 de noviembre de 2009.
34. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea.** *DOUE*, C, núm. 8 E, de 14 de enero de 2010.

PROTECCIÓN DE DATOS

35. **Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos.** *DOUE*, C, núm. 276, de 17 de noviembre de 2009.

RESPONSABILIDAD CIVIL

36. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente [6389/2/2008 – C6-0227/2008 – 2005/0241(COD)].** *DOUE*, C, núm. 8 E, de 14 de enero de 2010.
37. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 24 de septiembre de 2008 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente.** *DOUE*, C, núm. 8 E, de 14 de enero de 2010.
38. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de**

la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. *DOUE*, C, núm. 15E, de 21 de enero de 2010.

SOCIEDADES

39. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (versión codificada) COM(2008) 0026 – C6-0045/2008 – 2008/0009(COD). *DOUE*, C, núm. 286 E, de 27 de noviembre de 2009.
40. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (versión codificada) COM(2008) 0039 – C6-0050/2008 – 2008/0022(COD). *DOUE*, C, núm. 286E, de 27 de noviembre de 2009.
41. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 48 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (versión codificada) COM(2008) 0544 – C6-0316/2008 – 2008/0173(COD). *DOUE*, C, núm. 45 E, de 23 de febrero de 2010.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

AYUDAS DE ESTADO

42. Asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 – Diputación Foral de Álava y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Ventajas fiscales concedidas por una entidad territorial de un Estado miembro – Exenciones fiscales – Decisiones por las que se declaran incompatibles con el mercado común los regímenes de ayudas y se ordena recuperar las ayudas abonadas – Calificación de nuevas ayudas o de ayudas existentes – Ayudas de funcionamiento – Principio de protección de la confianza legítima – Principio de seguridad jurídica – Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.

43. Asunto T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 – Diputación Foral de Álava y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Ventajas fiscales concedidas por una entidad territorial de un Estado miembro – Crédito fiscal del 45 % del importe de la inversión – Decisiones por las que se declaran incompatibles con el mercado común los regímenes de ayudas y se ordena recuperar las ayudas abonadas – Asociación profesional – Admisibilidad – Calificación de nuevas ayudas o de ayudas existentes – Principio de protección de la confianza legítima – Principio de seguridad jurídica – Principio de proporcionalidad. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
44. Asuntos T-230/01 a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 – Diputación Foral de Álava y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Ventajas fiscales concedidas por una entidad territorial de un Estado miembro – Reducción de la base imponible del impuesto de sociedades – Decisiones por las que se declaran incompatibles con el mercado común los regímenes de ayudas y se ordena recuperar las ayudas abonadas – Asociación profesional – Admisibilidad – Renuncia a un motivo de recurso – Calificación de nuevas ayudas o de ayudas existentes – Principio de protección de la confianza legítima – Principio de seguridad jurídica – Principio de proporcionalidad. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
45. Asunto T-211/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de septiembre de 2009 – Italia/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas establecido por las autoridades italianas en favor de las sociedades de reciente cotización en bolsa – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Obligación de motivación – Carácter selectivo – Perjuicio para los intercambios entre Estados miembros – Perjuicio para la competencia. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
46. Asunto T-303/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2009 – Acea Electrabel/Comisión. Ayudas de Estado – Sector de la energía – Ayuda a la inversión para construir una red de calefacción urbana – Decisión por la que se declara una ayuda compatible con el mercado común – Obligación de la empresa beneficiaria de devolver previamente una ayuda anterior declarada ilegal e incompatible – Concepto de unidad económica. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
47. Asunto T-369/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 – Holland Malt/Comisión. Ayudas de Estado – Producción de malta – Ayuda a la inversión – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Perjuicio para la competencia – Perjuicio para los intercambios entre Estados miembros – Obligación de motivación – Directrices sobre ayudas estatales en el sector agrario. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.

48. **Asunto C-519/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de septiembre de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/Koninklijke Friesland Campina NV, anteriormente Koninklijke Friesland Foods NV, anteriormente Friesland Coberco Dairy Foods Holding NV. Recurso de casación – Ayudas de Estado – Régimen fiscal de ayudas ejecutado por el Reino de los Países Bajos en favor de las actividades de financiación internacional – Decisión núm. 2003/515/CE – Incompatibilidad con el mercado común – Disposición transitoria – Admisibilidad – Legitimación – Interés en ejercitar la acción – Principio de protección de la confianza legítima – Principio de igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.**
49. **Asunto T-8/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 2009 – FAB/Comisión. Ayudas de Estado – Televisión digital terrestre – Ayuda concedida por las autoridades alemanas a los radiodifusores que utilizan la red de televisión digital terrestre (TDT) en la región de Berlín-Brandemburgo – Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común y ordena su recuperación – Recurso de anulación – Concepto de ayuda de Estado – Recursos estatales – Compensación que constituye la contrapartida de obligaciones de servicio público – Ayuda destinada a promover la cultura – Confianza legítima. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
50. **Asunto T-21/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 2009 – Alemania/Comisión. Ayudas de Estado – Televisión digital terrestre – Ayuda concedida por las autoridades alemanas a los radiodifusores que utilizan la red de televisión digital terrestre (TDT) en la región de Berlín-Brandemburgo – Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común y ordena su recuperación – Principios de buena administración y de proporcionalidad – Derechos de defensa. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
51. **Asunto T-24/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 2009 – MABB/Comisión. Ayudas de Estado – Televisión digital terrestre – Ayuda concedida por las autoridades alemanas a los radiodifusores que utilizan la red de televisión digital terrestre (TDT) en la región de Berlín-Brandemburgo – Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común y ordena su recuperación – Recurso de anulación – Inexistencia de afectación individual – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
52. **Asunto T-12/05: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2009 – SBS TV y SBS Danish Television/Comisión. Ayudas de Estado – Recapitalización de un radiodifusor de servicio público tras una primera decisión por la que se ordena la devolución de ayudas de Estado incompatibles – Decisión de no formular objeciones – Anulación de la primera decisión – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**

53. Asunto T-16/05: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2009 – Viasat Broadcasting UK/Comisión. Ayudas de Estado – Recapitalización de una empresa pública de radiodifusión como consecuencia de una primera decisión que ordenó la recuperación de las ayudas de Estado incompatibles – Decisión de no formular objeciones – Anulación de la primera decisión – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
54. Asunto T-375/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de noviembre de 2009 – Scheucher-Fleisch y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Agricultura – Régimen de ayudas a favor de programas de calidad en el ámbito agroalimentario en Austria – Decisión de no plantear objeciones – Recurso de anulación – Condición de interesado – Protección de los derechos procedimentales – Admisibilidad – Dificultades serias – Directrices aplicables a las ayudas estatales para publicidad. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
55. Asunto T-376/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de noviembre de 2009 – Alemania/Comisión. Ayudas de Estado – Ayudas a las pequeñas y medianas empresas – Decisión relativa a un requerimiento de información en relación con dos regímenes de ayudas de Estado – Facultades de control de la Comisión en virtud del artículo 9, apartado 2, cuarta frase, del Reglamento (CE) núm. 70/2001. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
56. Asuntos acumulados T-427/04 y T-17/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2009 – Francia y France Télécom/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de sujeción de France Télécom al impuesto profesional durante los años 1994 a 2002 – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Ventaja – Prescripción – Confianza legítima – Seguridad jurídica – Vicios sustanciales de forma – Colegialidad – Derechos de defensa y derechos procedimentales de los terceros interesados. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
57. Asunto T-156/04: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2009 – EDF/Comisión Europea. Ayudas de Estado – Ayudas concedidas por las autoridades francesas a EDF – Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común y ordena su recuperación – Derechos procedimentales del beneficiario de la ayuda – Afectación de los intercambios entre Estados miembros – Criterio del inversor privado. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.
58. Asunto T-481/07: Auto del Tribunal General de 9 de diciembre de 2009 – Deltalinqs y SVZ/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayuda concedido por las autoridades belgas en apoyo del transporte intermodal por vía navegable – Decisión de la Comisión de no plantear objeciones – Recurso de anulación interpuesto por asociaciones que representan los intereses de empresas implantadas en la zona portuaria de Rotterdam – Falta de afectación sustancial de la posición competitiva – Inadmisibilidad manifiesta. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.

CONSUMIDORES

59. **Asunto C-489/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Lahr – Alemania– Pia Messner/Firma Stefan Krüger. Directiva 97/7/CE – Protección de los consumidores – Contratos a distancia – Ejercicio del derecho de rescisión por el consumidor – Indemnización por uso que debe abonarse al vendedor. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
60. **Asunto C-40/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de octubre de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao – Asturcom Telecomunicaciones, S.L./Cristina Rodríguez Nogueira. Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con los consumidores – Cláusula arbitral abusiva – Nulidad – Laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada – Ejecución forzosa – Competencia del juez nacional que conoce del procedimiento ejecutivo para plantear de oficio la nulidad de la cláusula arbitral abusiva – Principios de equivalencia y de efectividad. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
61. **Asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009.** Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof y el Handelsgericht Wien – Alemania, Austria – Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon (C-402/07), Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz (C-432/07)/Condor Flugdienst GmbH (C-402/07), Air France SA (C-432/07). Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículos 2, letra l), 5, 6 y 7 – Conceptos de «retraso» y de «anulación» de un vuelo – Derecho a compensación en caso de retraso – Concepto de «circunstancias extraordinarias». *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
62. **Asunto C-227/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de diciembre de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Salamanca – Eva Martín Martín/EDP Editores, S.L. Directiva 85/577/CEE – Artículo 4 – Protección de los consumidores – Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales – Derecho de rescisión – Obligación de información por el comerciante – Nulidad del contrato – Medidas adecuadas. *DOUE*, C, núm. 51, de 27 de febrero de 2010.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

63. **Asunto C-534/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2009** – William Prym GmbH & Co. KG, Prym Consumer GmbH & Co. KG/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de productos de mercería (aguja) – Acuerdos de reparto de mercados – Violación del derecho de defensa – Obligación de motivación – Multa – Directrices – Gravedad de la infracción – Repercusiones concretas en el mercado – Ejecución de los acuerdos. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.

64. **Asunto T-301/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 – Clearstream/Comisión. Competencia – Abuso de posición dominante – Servicios financieros – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 82 CE – Negativa a prestar servicios transfronterizos de compensación y liquidación – Precios discriminatorios – Mercado de referencia – Imputabilidad del comportamiento infractor. DOUE, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.**
65. **Asunto C-97/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009 – Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Nederland BV, Akzo Nobel Chemicals International BV, Akzo Nobel Chemicals BV, Akzo Nobel Functional Chemicals BV/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE, apartado 1 – Artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE – Artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Grupo de empresas – Imputabilidad de las infracciones – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las normas en materia de competencia cometidas por sus filiales – Influencia determinante ejercida por la sociedad matriz – Presunción *iuris tantum* en caso de poseer una participación del 100 %. DOUE, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.**
66. **Asunto T-296/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Dongguan Nanzha Leco Stationery/Consejo. Dumping – Importaciones de mecanismos de palanca procedentes de China – Determinación del margen de dumping – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Comparación entre el valor normal y el precio de exportación – Aplicación de un método distinto del utilizado en la investigación inicial – Artículo 2, apartado 7, letra a), y apartado 10, del Reglamento (CE) núm. 384/96. DOUE, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.**
67. **Asunto T-57/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 2 de septiembre de 2009 – E.ON Ruhrgas y E.ON Földgáz Trade/Comisión. Recurso de anulación – Competencia – Concentración – Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado común – Compromisos – Escritos de la Comisión relativos a los compromisos – Actos no recurribles – Inadmisibilidad. DOUE, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.**
68. **Asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009 – GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc (C-501/06 P), Comisión de las Comunidades Europeas (C-513/06 P), European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) (C-515/06 P), Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) (C-519/06)/Comisión de las Comunidades Europeas, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Spain Pharma SA, Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar). Recursos de casación – Prácticas colusorias – Limitación del comercio paralelo de medicamentos – Artículo 81 CE, apartado 1 – Obje-**

to de restringir la competencia – Normativas nacionales sobre precios – Sustitución de los fundamentos de Derecho – Artículo 81 CE, apartado 3 – Contribución al fomento del progreso técnico – Control – Carga de la prueba – Motivación – Interés en ejercitar la acción. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.

69. Asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de septiembre de 2009 – Erste Group Bank AG, anteriormente Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG (C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt AG (C-135/07 P), Österreichische Volksbanken AG (C-137/07 P)/ Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Prácticas colusorias – Fijación por bancos austriacos de los tipos de depósito y deudores – «Club Lombard» – Afectación del comercio entre Estados miembros – Cálculo de las multas – Sucesión de empresas – Repercusiones concretas en el mercado – Ejecución de los acuerdos. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
70. Asunto C-141/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 1 de octubre de 2009 – Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd/Consejo de la Unión Europea, Comisión de las Comunidades Europeas, Vale Mill (Rochdale) Ltd, Pirola SpA, Colombo New Scal SpA, República Italiana. Recurso de casación – Política comercial – Dumping – Importaciones de tablas de planchar originarias de China – Reglamento (CE) núm. 384/96 – Artículos 2, apartado 7, letra c), y 20, apartados 4 y 5 – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Derecho de defensa – Investigación antidumping – Plazos concedidos a las empresas para formular observaciones. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
71. Asunto T-161/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – Hoechst/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del ácido monocloroacético – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado y fijación de precios – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Proporcionalidad – Cooperación – Circunstancias agravantes – Reincidencia – Acceso al expediente – Informe del consejero auditor – Orden conminatoria de cesación. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
72. Asunto T-168/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – Arkema/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del ácido monocloroacético – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado y fijación de precios – Imputabilidad de la conducta infractora – Principio de individualización de las penas y sanciones – Obligación de motivación – Multas – Proporcionalidad – Gravedad y duración de la infracción – Efecto disuasorio – Repercusiones concretas en el mercado – Circunstancias atenuantes – Papel de mero seguidor – Circunstancias agravantes – Reincidencia. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.

73. **Asunto T-174/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – Elf Aquitaine/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del ácido monocloroacético – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado y fijación de precios – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Imputabilidad de la conducta infractora – Principio de individualización de las penas y sanciones – Principio de legalidad de las penas – Presunción de inocencia – Principio de buena administración – Principio de seguridad jurídica – Desviación de poder – Multas. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
74. **Asunto T-175/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – Akzo Nobel y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del ácido monocloroacético – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Recurso de anulación – Admisibilidad – Reparto del mercado y fijación de precios – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Obligación de motivación – Gravedad y duración de la infracción – Efecto disuasorio. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
75. **Asunto T-229/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – Impala/Comisión. Competencia – Concentración – Empresa en participación Sony BMG – Anulación por el Tribunal de Primera Instancia de la decisión inicial – Nueva decisión que declara la operación de concentración compatible con el mercado común – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
76. **Asunto T-352/09 R: Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 29 de octubre de 2009 – Novácke chemické závody/Comisión. Medidas provisionales – Competencia – Decisión de la Comisión por la que se impone una multa – Garantía bancaria – Demanda de suspensión de la ejecución – Inexistencia de urgencia. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.**
77. **Asunto C-506/07: Auto del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de La Coruña) – Lubricantes y Carburantes Galaicos, S.L./GALP Energía España, S.A.U.. Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE – Contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles celebrado entre el proveedor y el explotador de una estación de servicio – Exención – Acuerdo de menor importancia – Reglamento (CEE) núm. 1984/83 – Artículo 12, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2790/1999 – Artículos 4, letra a), y 5, letra a) – Duración de la exclusividad – Fijación del precio de venta al público. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.**
78. **Asunto T-143/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de noviembre de 2009 – MTZ Polyfilms/Consejo. Dumping – Importación de películas de tereftalato de polietileno originarias de la India – Reglamento por el que se da por concluida la reconsideración provisional – Compromisos de precios de importación míni-**

mos – Determinación del precio de exportación – Aplicación de un método distinto del utilizado en la investigación inicial – Elección de la base jurídica – Artículo 2, apartados 8 y 9, y artículo 11, apartados 3 y 9, del Reglamento (CE) núm. 384/96. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.

79. Asunto T-57/01: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2009 – Solvay/Comisión. Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado del sodio en la Comunidad (excepto Reino Unido e Irlanda) – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 82 CE – Acuerdos de suministro durante un período excesivamente largo – Descuento por fidelidad – Prescripción de la facultad de la Comisión de imponer multas o sanciones – Plazo razonable – Formas sustanciales – Mercado geográfico de referencia – Existencia de posición dominante – Explotación abusiva de la posición dominante – Derecho de acceso al expediente – Multa – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias agravantes – Reincidencia – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.
80. Asunto T-58/01: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2009 – Solvay/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del sodio en la Comunidad – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Acuerdo que garantiza a una empresa un tonelaje mínimo de ventas en un Estado miembro y la compra de las cantidades necesarias para alcanzar este tonelaje mínimo – Prescripción de la facultad de la Comisión de imponer multas o sanciones – Plazo razonable – Formas sustanciales – Afecación del comercio entre Estados miembros – Derecho de acceso al expediente – Multa – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias agravantes y atenuantes. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

81. Asunto C-292/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de septiembre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos – German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Schree, que interviene en condición de síndico de la quiebra de Holland Binding BV. Insolvencia – Aplicación de la ley del Estado miembro de apertura del procedimiento – Reserva de dominio – Situación del bien. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
82. Asunto C-133/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Baldenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV. Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales – Ley aplicable a falta de elección – Contrato de fletamento – Criterios de conexión – Separabilidad. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.

83. **Asunto C-278/09: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 20 de noviembre de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de París – Francia. Olivier Martinez, Robert Martinez/MGN LIMITED. Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Órgano jurisdiccional incompetente, a efectos del artículo 68 CE, apartado 1, para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia – Incompetencia del Tribunal de Justicia. *DOUE, C*, núm. 24, de 30 de enero de 2010.

PRODUCTOS DEFECTUOSOS

84. **Asunto C-358/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por la House of Lords – Reino Unido. Aventis Pasteur SA/OB. Directiva 85/374/CEE – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Artículos 3 y 11 – Error en la calificación de «productor» – Procedimiento judicial – Solicitud de sustitución del demandado inicial por el productor – Expiración del plazo de prescripción. *DOUE, C*, núm. 24, de 30 de enero de 2010.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

85. **Asunto C-482/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de septiembre de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank te 's-Gravenhage – Países Bajos. AHP Manufacturing BV/Bureau voor de Industriële Eigendom. Derecho de patentes – Especialidades farmacéuticas – Reglamentos (CEE) núm. 1768/92 y (CE) núm. 1610/96 – Certificado complementario de protección para los medicamentos – Condiciones para conceder certificados a dos o más titulares de patentes de base referidas al mismo producto – Precisión relativa a la existencia de solicitudes pendiente. *DOUE, C*, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
86. **Asunto C-498/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2009 – Aceites del Sur-Coosur, S.A., anteriormente Aceites del Sur, S.A./Koipe Corporación, S.L., Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos).** Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca figurativa «La Española» – Apreciación global del riesgo de confusión – Elemento determinante. *DOUE, C*, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
87. **Asunto T-152/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de septiembre de 2009 – Lange Uhren/OAMI.** Campos geométricos en la esfera de un reloj. Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa – Campos geométricos en la esfera de un reloj – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso

- Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
88. Asunto T-446/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2009 – Royal Appliance International/OAMI – BSH Bosch und Siemens Hausgeräte (Centrixx). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Centrixx – Marca nacional denominativa anterior sensixx – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
89. Asunto T-471/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2009 – Wella/OAMI. Marca comunitaria – Registro internacional – Solicitud de extensión territorial de la protección – Marca denominativa TAME IT – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
90. Asunto T-308/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2009 – Parfums Christian Dior/OAMI – Consolidated Artists (MANGO adorably). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MANDO adorably – Marcas nacionales e internacionales denominativas anteriores J'ADORE y ADIORABLE – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Riesgo de ventaja indebidamente obtenida de la reputación de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.
91. Asunto C-478/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria – Budějovický Budvar National Corporation/Rudolf Ammersin GmbH. Tratados bilaterales entre Estados miembros – Protección en un Estado miembro de una indicación de procedencia geográfica de otro Estado miembro – Denominación «Bud» – Utilización de la marca American Bud – Artículos 28 CE y 30 CE – Reglamento (CE) núm. 510/2006 – Régimen comunitario de protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen – Adhesión de la República Checa – Medidas transitorias – Reglamento (CE) núm. 918/2004 – Ámbito de aplicación del régimen comunitario – Carácter exhaustivo. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
92. Asunto T-99/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Phildar/OAMI – Comercial Jacinto Parera (FILDOR). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria FILDOR –

Marca semigráfica nacional anterior PHILDAR – Marca denominativa nacional anterior FILDOR – Marcas denominativa y semigráfica internacionales anteriores PHILDAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), 62 y 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), 64 y 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.

93. Asunto T-221/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Hipp & Co/OAMI – Laboratorios Orde-sa (Bebimil). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Bebimil – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores BLEMIL – Marca nacional denominativa anterior BLEMIL 1 – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
94. Asunto T-391/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Arcandor/OAMI – dm drogerie markt (S-HE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa S-HE – Marca nacional denominativa anterior SHE, nacional figurativa anterior She e internacional figurativa anterior She – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
95. Asunto T-400/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Zero Industry/OAMI – zero Germany (zerorh+). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa zerorh+ – Marcas nacionales figurativas y denominativas anteriores zero – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
96. Asunto T-80/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – JanSport Apparel/OAMI (BUILT TO RESIST). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa BUILT TO RESIST – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
97. Asunto T-103/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Fratex Indústria e Comércio/OAMI – USA Track & Field (TRACK & FIELD USA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria TRACK & FIELD USA – Marca figurativa nacional anterior

TRACK & FIELD – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.

98. **Asunto T-180/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Promomadrid/OAMI (MADRIDEXPORTA). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa MADRIDEXPORTA – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
99. **Asunto T-291/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Viñedos y Bodegas Príncipe Alfonso de Hohenlohe/OAMI – Byass (ALFONSO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria ALFONSO – Marcas denominativas comunitaria y nacional anteriores PRÍNCIPE ALFONSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso – Artículo 62, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 64, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009).** *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
100. **Asuntos acumulados T-305/07 y T-306/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Offshore Legends/OAMI – Acteon (OFFSHORE LEGENDS en blanco y negro y OFFSHORE LEGENDS en azul, negro y verde). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de dos marcas comunitarias figurativas OFFSHORE LEGENDS, una en blanco y negro y la otra en azul, negro y verde – Marca nacional figurativa anterior OFFSHORE 1 – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y de los signos – Falta de solicitud de prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94, en relación con el artículo 15, apartado 2, letra a), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, y artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
101. **Asunto T-391/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Alber/OAMI (Manija). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Manija – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE)**

- núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009) – Principio de examen de oficio de los hechos – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
102. Asunto T-396/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – France Télécom/OAMI (UNIQUE). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa UNIQUE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
103. Asunto T-409/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Cohausz/OAMI – Izquierdo Faces (acopat). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa acopat – Marcas nacionales denominativas anteriores COPAT – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 56, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
104. Asunto T-458/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Dominio de la Vega/OAMI – Ambrosio Velasco (DOMINIO DE LA VEGA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa DOMINIO DE LA VEGA – Marca comunitaria figurativa anterior PALACIO DE LA VEGA – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
105. Asuntos T-493/07, T-26/08 y T-27/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – GlaxoSmithkline y otros/OAMI – SeroGenetics Institute (FAMOXIN). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa FAMOXIN – Marcas nacionales denominativas anteriores LANOXIN – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Prueba del uso – Artículo 56, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
106. Asuntos acumulados T-20/08 y T-21/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de septiembre de 2009 – Evets/OAMI (DANELECTRO y QWIK TUNE). Marca comunitaria – Marcas

- comunitarias denominativa DANELECTRO y figurativa QWIK TUNE – Incumplimiento del plazo para la presentación de la solicitud de renovación de las marcas – Petición de *restitutio in integrum* – *Reformatio in peius* – Derecho de defensa – Derecho a ser oído – Artículo 61, apartado 2, artículo 73, segunda frase, y artículo 78 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 63, apartado 2, artículo 75, segunda frase, y artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
107. Asunto T-130/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2009 – Gres La Sagra/OAMI – Ceramicalcora (VENATTO MARBLE STONE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa VENATTO MARBLE STONE – Marcas nacionales figurativas anteriores VENETO CERÁMICAS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
108. Asunto T-139/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2009 – The Smiley Company/OAMI (Representación de la mitad de una sonrisa de smiley). Marca comunitaria – Registro internacional que designa la Comunidad Europea – Marca figurativa que representa la mitad de una sonrisa de smiley – Motivo absoluto de denegación – Falta de carácter distintivo – Artículo 146, apartado 1, y artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 151, apartado 1 y artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 267, de 7 de noviembre de 2009.
109. Asunto C-416/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de julio de 2009 – Apple Computer, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), TKS-Teknosoft SA. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca denominativa QUARTZ – Oposición del titular de la marca figurativa comunitaria QUARTZ – Denegación de registro – Similitud de los productos – Riesgo de confusión – Recurso de casación manifiestamente inadmisibles. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
110. Asunto T-75/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – JOOP!/OAMI (!). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un signo de exclamación – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.

111. Asunto T-140/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de octubre de 2009 – Ferrero/OAMI – Tirol Milch (TiMi KiNDERJOGHURT). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa TiMi KiNDERJOGHURT – Marca denominativa anterior KINDER – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Procedimiento de oposición anterior – Falta de fuerza de cosa juzgada – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
112. Asunto T-146/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de octubre de 2009 – Deutsche Rockwool Mineralwoll/OAMI. Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria REDROCK – Marca denominativa nacional anterior Rock – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
113. Asunto T-191/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2009 – JOOP!/OAMI (Representación de un signo de exclamación en un rectángulo). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un signo de exclamación en un rectángulo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
114. Asunto T-256/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 – Wrigley/OAMI – Mejerigaarden. (POLAR ICE). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.
115. Asunto C-324/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden. Países Bajos – Makro Zelfbedieningsgroothandel CV, Metro Cash & Carry BV, Remo Zaandam BV/Diesel S.P.A. (Directiva 89/104/CEE) – Derecho de marcas – Agotamiento de los derechos del titular de la marca – Comercialización de productos en el Espacio Económico Europeo por un tercero – Consentimiento tácito – Requisitos. *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.
116. Asunto T-339/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 28 de octubre de 2009 – Juwel Aquarium/OAMI – Potschak. Panorama).

- Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa Panorama – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.**
117. **Asunto T-80/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de octubre de 2009 – CureVac/OAMI – Qiagen (RNAiFect). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa RNAiFect – Marca comunitaria denominativa anterior RNActive – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.**
118. **Asunto T-137/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de octubre de 2009 – BCS/OAMI – Deere (Combinación de los colores verde y amarillo). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria consistente en una combinación de los colores verde y amarillo – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 3, y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Marca nacional anterior no registrada consistente en una combinación de los colores verde y amarillo – Artículo 8, apartado 4, y artículo 52, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 40/94. [actualmente artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.**
119. **Asunto T-307/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de octubre de 2009 – Aldi Einkauf/OAMI – Goya Importaciones y Distribuciones (4 OUT Living). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa 4 OUT Living – Marca nacional figurativa anterior Living & Co – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.**
120. **Asunto T-386/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de octubre de 2009 – Peek & Cloppenburg/OAMI – Redfil (Agile). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Agile – Marcas comunitarias y nacionales denominativas anteriores Aygill's – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94**

- [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.
121. Asunto T-150/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de noviembre de 2009 – REWE-Zentral/OAMI – Aldi Einkauf (Clina). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Clina – Marca comunitaria denominativa anterior CLINAIR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.
122. Asunto T-162/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de noviembre de 2009 – Frag Comercio Internacional/OAMI – Tinkerbelle Modas (GREEN by missako). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GREEN by missako – Marcas nacional y comunitaria figurativas anteriores MI SA KO – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.
123. Asunto T-277/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de noviembre de 2009 – Bayer Healthcare/OAMI – Uriach-Aquilea OTC (CITRACAL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CITRACAL – Marca nacional denominativa anterior CICATRAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.
124. Asunto T-493/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de octubre de 2009 – Sun World International/OAMI – Kölla Hamburg (SUPERIOR SEEDLESS). Marca comunitaria – Renuncia parcial al registro – Sobresimiento. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.
125. Asunto C-481/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de septiembre de 2009 – Alcon Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *Acri.Tec AG Gesellschaft für ophthalmologische Produkte. Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa Bio Visc – Oposición del titular de las marcas denominativas comunitarias e internacionales PROVISC y DUOVISC – Desestimación de la oposición por la Sala de Recurso de la OAMI. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
126. Asunto C-520/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de septiembre de 2009 – HUP Usługi Polska sp. z o.o. (anterior-

mente HP Temporärpersonalgesellschaft GmbH)/Oficina de Armonización del Mercado interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Manpower Inc. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 2, letras b) a d) y g). Recurso de anulación – Marca denominativa comunitaria I.T.@ MANPOWER. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.

127. Asunto T-234/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2009 – Torresan/OAMI – Klosterbrauerei Weissenhohe (CANNABIS). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa CANNABIS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
128. Asunto T-298/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2009 – Agencia Wydawnicza Technopol/OAMI (1000). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria 1000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
129. Asuntos acumulados T-64/07 a T-66/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2009 – Agencia Wydawnicza Technopol/OAMI (350, 250 y 150). Marca comunitaria – Solicitudes de marcas denominativas comunitarias 222, 333 y 555 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
130. Asuntos acumulados T-200/07 a T-202/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2009 – Agencia Wydawnicza Technopol/OAMI (222, 333 y 555). Marca comunitaria – Solicitudes de marcas denominativas comunitarias 222, 333 y 555 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.
131. Asuntos acumulados T-425/07 y T-426/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2009 – Agencia Wydawnicza Technopol/OAMI (100 y 300). Marca comunitaria – Solicitudes de marcas comunitarias figurativas 100 y 300 – Declaración sobre el alcance de la protección – Artículo 38, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 37, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.

132. **Asunto T-438/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2009 – Spa Monopole/OAMI – De Francesco Import (Spago). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria Spago – Marca denominativa nacional anterior SPA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de perjuicio al renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.**
133. **Asunto T-399/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2009 – Clearwire Corporation/OAMI (CLEARWIFI). Marca Comunitaria – Registro internacional que designa la Comunidad Europea – Marca denominativa CLEARWIFI – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.**
134. **Asunto T-473/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de noviembre de 2009 – Apollo Group/OAMI (THINKING AHEAD). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa THINKING AHEAD – Motivo absoluto de denegación – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 11, de 15 de enero de 2010.**
135. **Asunto C-301/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 6 de octubre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – PAGO International GmbH/Tirolmilch registrierte Genossenschaft mbH. Marcas – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 9, apartado 1, letra c) – Marca notoriamente conocida en la Comunidad – Alcance geográfico del renombre. DOUE, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.**
136. **Asunto C-78/09 P: Auto del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2009 – Compagnie des bateaux mouches SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Jean-Noël Castanet (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa BATEAUX MOUCHES – Denegación del registro – Falta de carácter distintivo). DOUE, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.**
137. **Asunto T-353/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2009 – Esber/OAMI – Coloris Global Coloring Concept (COLORIS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria COLORIS – Marca denominativa nacional anterior COLORIS – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 2, letra a), y artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 15, apar-**

- tado 1, letra a), y artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
138. Asunto T-434/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 2009 – Volvo Trademark/OAMI – Grebenshikova (SOLVO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria SOLVO – Marcas denominativas y gráficas comunitarias y nacionales anteriores VOLVO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
 139. Asunto T-223/08: Sentencia del Tribunal General de 3 de diciembre de 2009 – Iranian Tobacco/OAMI – AD Bulgartabac (Bahman). Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria figurativa Bahman – Falta de requisito de un interés en ejercitar la acción – Artículo 55, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 56, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
 140. Asunto T-245/08: Sentencia del Tribunal General de 3 de diciembre de 2009 – Iranian Tobacco/OAMI – AD Bulgartabac (TIR 20 FILTER CIGARETTES). Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria figurativa TIR 20 FILTER CIGARETTES – Falta de exigencia de un interés en ejercitar la acción – Artículo 55, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 56, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
 141. Asunto T-484/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2009 – Longevity Health Products/OAMI – Merck (Kids Vits). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Kids Vits – Marca comunitaria denominativa anterior VITS4KIDS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
 142. Asunto T-486/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2009 – Earle Beauty/OAMI (SUPERSKIN). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SUPERSKIN – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
 143. Asunto T-27/09: Sentencia del Tribunal de 10 de diciembre de 2009 – Stella Kunststofftechnik/OAMI – Stella Pack (Stella). Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria

- denominativa Stella – Procedimiento de oposición previamente iniciado sobre la base de esa marca – Admisibilidad – Artículo 50, apartado 1, y artículo 55, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 51, apartado 1, y artículo 56, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
144. Asunto T-53/09: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 1 de diciembre de 2009 – Cafea/OAMI – Christian (BEST FARM). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.
145. Asunto T-490/07: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2009 – Notartel/OAMI – SAT.1 (R.U.N.). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa R.U.N. – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores ran – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009] – Denegación parcial de registro. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.
146. Asunto T-412/08: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2009 – Trubion Pharmaceuticals/OAMI – Merck (TRUBION). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TRUBION – Marca comunitaria figurativa anterior TriBion Harmonis – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.
147. Asunto T-476/08: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2009 – Media-Saturn/OAMI (BEST BUY). Marca comunitaria – Solicitud de marca gráfica comunitaria BEST BUY – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.
148. Asunto T-483/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2009 – Giordano Enterprises/OAMI – Dias Magalhães & Filhos (GIORDANO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa GIORDANO – Marca nacional denominativa anterior GIORDANO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Denegación parcial del registro – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 37, de 13 de febrero de 2010.

149. **Asunto C-553/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de diciembre de 2009** – Powerserv Personalservice GmbH, anteriormente Manpower Personalservice GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Manpower Inc. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 51, apartados 1 y 2 – Solicitud de nulidad – Adhesión a la casación – Marca comunitaria denominativa MANPOWER – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Carácter distintivo adquirido por el uso. *DOUE*, C, núm. 51, de 27 de febrero de 2010.
150. **Asunto T-460/07: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2010** – Nokia/OAMI – Medion (LIFE BLOG). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria denominativa LIFE BLOG – Marca nacional denominativa anterior LIFE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Denegación parcial del registro. *DOUE*, C, núm. 51, de 27 de febrero de 2010.

PROTECCIÓN DE DATOS

151. **Asunto C-202/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 26 de noviembre de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/Irlanda. Incumplimiento de Estado – Directiva 2006/24/CE – Comunicaciones electrónicas – Protección de la intimidad – Conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 24, de 30 de enero de 2010.

RESPONSABILIDAD CIVIL

152. **Asunto C-457/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 3 de septiembre de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Incumplimiento de Estado – Directiva 2005/14/CE – Seguro de responsabilidad civil – Vehículos automóviles – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2009.

SEGUROS

153. **Asunto C-551/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 29 de octubre de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/República de Polonia. Incumplimiento de Estado – Directiva 2005/68/CE – Actividad por cuenta propia de reaseguro – Acceso y ejercicio – Disposiciones nacionales anteriores a la

Directiva – Falta de comunicación o no adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 312, de 19 de diciembre de 2009.

SOCIEDADES

154. **Asunto C-575/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de octubre de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/ Reino de Bélgica. Incumplimiento de Estado – Directiva 2005/56/CE – Fusiones transfronterizas de las sociedades de capital – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 282, de 21 de noviembre de 2009.**
155. **Asunto C-101/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de octubre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Luxembourg – Audiolux SA, BIP Investment Partners SA, Jean-Paul Felten, Joseph Weyland, Luxi-privilège SA, Foyer SA, Investas ASBL, Claudie Stein-Lambert, Christiane Worre-Lambert, Baron Antoine De Schorlemer, Jacques Funck, Jean Petitdidier/Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL), RTL Group, Juan Abello Gallo, Didier Bellens, André Desmarais, Gérald Frère, Jocelyn Lefebvre, Onno Ruding, Gilles Samyn, Martin Taylor, Bertelsmann AG, Siegfried Luther, Thomas Middelhoff, Ewald Wagenbach, Rolf Schmidt-Holz, Erich Schumann, WAZ Finanzierungs-GmbH, Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft E. Brost & J. Funke GmbH & Co (WAZ). Directivas 77/91/CEE, 79/279/CEE y 2004/25/CE – Principio general de Derecho comunitario de protección de los accionistas minoritarios – Inexistencia – Derecho de sociedades – Toma de control – Oferta obligatoria – Recomendación 77/534/CEE – Código de conducta. *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.**

TRANSPORTE INTERNACIONAL

156. **Asunto C-301/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Luxemburgo) – Irène Bogiatzi, de casada Ventouras/Deutscher Luftpool, Société Luxair, société luxembourgeoise de navigation aérienne SA, Comunidad Europea, Gran Ducado de Luxemburgo, Foyer Assurances SA. Política de transportes – Reglamento (CE) núm. 2027/97 – Convenio de Varsovia – Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente – Plazo para ejercitar la acción de indemnización del perjuicio sufrido. *DOUE*, C, núm. 297, de 5 de diciembre de 2009.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DONADO VARA, Araceli: *La reserva vidual*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 2009, 565 pp.

Como la propia autora dice en la introducción, el interés de convertir la institución de la reserva vidual u ordinaria en objeto de estudio reside en *el análisis de la conveniencia o no del mantenimiento de la misma* y en su caso, si sería suficiente con alguna modificación en su planteamiento o regulación que la modernizara, haciéndola tal vez más acorde con las nuevas perspectivas del Derecho de Familia del siglo XXI.

Cuenta la autora con el enorme honor de que sea el Profesor Carlos Lasarte quien hace el prólogo de su monografía, pues con su habitual brillantez y claridad expositiva nos da las claves para la lectura y mejor comprensión de una obra cuyo objeto de estudio me parece absolutamente acertado, no sólo porque ha sido escasamente estudiado en la actualidad, sino también, porque la autora deja entrever un profundo dominio de la materia, que de manera muy conveniente y convincente, plasma a lo largo de su exposición, donde hace, al mismo tiempo, un recorrido histórico y positivo de esta figura, que a mi juicio, destaca por lo serio y riguroso de su planteamiento pues, de hecho, el pormenorizado análisis jurisprudencial en el que basa sus conclusiones, la investigación minuciosa del desarrollo de los antecedentes históricos de la figura y el estudio de las aportaciones doctrinales de cualquier tiempo, resultan muy oportunos si tenemos en cuenta las importantes contribuciones que hace la autora en esta materia, aportaciones de las que destacaría su valentía y perfecto enraizamiento en los nuevos planteamientos familiares imperantes en la actualidad.

Como ya he indicado, *el punto de partida del estudio es el siguiente*: ¿Se puede mantener en la actualidad el fundamento tradicional de la reserva vidual, según el cual se pretende garantizar a los hijos y descendientes del anterior matrimonio que el viudo o viuda que contrae nuevas nupcias no derive los bienes procedentes de su anterior cónyuge o sus familiares a otras personas, a otras familias?, o dicho en otras palabras, ¿Tiene sentido mantener la regulación de la reserva vidual en el ordenamiento jurídico español contemporáneo? Pues bien, la autora avanza en su introducción algunas de las conclusiones a las que llega; así, señalando muy acertadamente que la finalidad actual de la institución es distinta a la que tuvo en sus orígenes, dado que se trata de proteger a los hijos del primer matrimonio y no en sí, de penalizar las segundas nupcias, encuentra un primer reproche que hacer a esta figura, cual es *la necesidad de ampliación de la reserva a la filiación no matrimonial*, dado que se debe interpretar la reserva como una medida pro-

teccionista de la prole y en la actualidad, en consonancia con el texto constitucional y las sucesivas reformas operadas en esta materia en nuestro Código civil, la filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva han de producir siempre los mismos efectos ante la ley. En esta materia, me atrevería a decir, que no existe oposición. De este modo, una reinterpretación de la literalidad de la reserva nos obligaría a incluir en su ámbito de aplicación a los hijos nacidos dentro de parejas de hecho, si uno de los convivientes fallece y su superviviente contrae matrimonio. La finalidad de esta posición es clara, evitar la discriminación actualmente existente por razón del nacimiento. Así, estoy de acuerdo con Donado Vara, si se mantiene la reserva dado su carácter tuitivo en relación a los hijos, que lo sea para todos.

De no mantener aquel criterio, incluso se plantea la autora la posibilidad de suprimir esta institución como ya han hecho otros países de nuestro entorno, derogando la limitación que la reserva supone para el viudo, de modo que aquél podrá disfrutar y disponer de los bienes que ha recibido de su cónyuge fallecido como podría hacerlo cualquiera. Considera además que debemos tener en cuenta otros dos argumentos en los que después profundizaremos: de un lado, la incidencia que un sistema divorcista como el nuestro, que tras la reforma de 2005 es absolutamente acausal, en el que vuelan los plazos y se agilizan los trámites, puede tener sobre la reserva. Y de otro, no hay que olvidar que en nuestra legislación actual la cuota legitimaria que reciben los hijos y descendientes es de dos tercios de la herencia de sus progenitores, cuota amplia y bien protegida dada la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la misma.¹

Así, en definitiva y para empezar, ya desde *la introducción* Donado Vara nos incita a la lectura y nos atrapa como si de una novela se tratase, pues dos son las posibilidades iniciales que desarrolla a lo largo de los cinco capítulos de su ordenada exposición de ideas: Uno, se trata de una institución arcaica y desactualizada cuyo mantenimiento presenta más desventajas que ventajas y que dada su escasa utilidad en la práctica al no casar bien con el Derecho de Familia actual, debe desaparecer; y dos, se pueden esgrimir argumentos en función de los cuales es posible mantenerla si bien reinterpretándola y modificándola para hacerla más agradable a los nuevos tiempos.

Siendo este el punto de partida, *la obra se estructura en cinco capítulos*. El primero de ellos se dedica a determinar los requisitos y elementos esenciales de la reserva, haciendo especial hincapié en el elemento personal; si bien será en *el capítulo quinto* donde se trate la posición jurídica del reservista y los reservatarios y se intente dar forma a la cuestión controvertida de la naturaleza jurídica de la reserva. De este modo, se dedican sendos apartados al estudio de las figuras del reservista y los reservatarios, dedicando por su interés mayor extensión a estos últimos, beneficiarios de la reserva: en principio y según la literalidad del Código civil, los hijos habidos en el primer o anterior matrimonio para el caso de existencia de dos o más uniones matrimoniales.

Tras ofrecer en cada apartado una panorámica legislativa de las sucesivas reformas del Código civil, pre y post texto constitucional de 1978, e incluso en los periodos históricos anteriores al mismo, lo que nos da una completa visión de la institución y nos permite entenderla de la manera más ajustada posible a

¹ No debemos olvidar, no obstante, que cada vez más son las voces que proponen la supresión de las legítimas, hasta ahora intocables. Ya se ha dado un paso adelante con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introdujo un párrafo 3.º al artículo 808 CC, según el cual si alguno de los hijos ha sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta.

cada momento concreto, concluye que en la actualidad, toda referencia a los reservatarios incluye únicamente a los hijos y descendientes habidos de un matrimonio anterior entre el cónyuge premuerto y el sobreviviente. Dos son pues los requisitos que se exigen para ser reservatario: uno, ser hijo matrimonial y dos, ser hijo común al reservista y al causante de la reserva.

A mi juicio, es esta una de las cuestiones fundamentales que plantea la monografía, pues si nos centramos en la situación de los hijos y descendientes, nuestra Constitución en los artículos 14 y 39, no deja lugar a dudas, no puede haber discriminación por razón de filiación, el que los hijos sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos no debe influir jurídicamente desde ningún punto de vista; por lo que la autora concluye: la reserva viudal se debe aplicar con independencia del tipo de filiación de los hijos. El principio de igualdad obliga a extender la reserva y favorecer en los mismos casos a los hijos no matrimoniales, lo contrario, que es lo actualmente vigente, resulta injusto y discriminatorio.

Del texto se extraen las razones que llevaron al legislador, en su momento, a establecer tal regulación, a mi juicio, algunas fundamentales; así, a) la importancia del vínculo matrimonial, base contemporánea del Derecho de Familia; y b) la circunstancia fácilmente comprobable de que la mayoría de los matrimonios regían su vida económica por las normas de la sociedad de gananciales lo que permitía entender que el patrimonio «se hacía entre dos y pertenecía a los dos», siendo más acorde con la voluntad del premuerto que aquellos bienes fueran recibidos por los hijos comunes a ambos.

Todos estos datos han sido objeto de un replanteamiento general, pues como explica la propia Donado Vara, es necesario acomodar las reglas sucesorias a las nuevas estructuras familiares y sobre todo en este caso concreto, junto al principio de igualdad de todos los hijos ante la ley, hemos de tener en cuenta la doble circunstancia de que la unión en las parejas estables se asimila al matrimonio y que hoy en día el vínculo matrimonial civil se configura como vínculo disoluble *ad nutum*.

Y así, se plantea uno de los aspectos que entiendo que tienen mayor relevancia, cual es la posible aplicación de la reserva ordinaria en los casos muy frecuentes en la actualidad de uniones de hecho, haciendo una interpretación extensiva de los preceptos del Código civil en atención a la finalidad de la reserva, que no es otra, que la protección de la prole. Pone la autora, con una intención evidentemente pedagógica, multitud de ejemplos, con los que confirma la conclusión a la que llega, que no es otra que la ya avanzada, los hijos no matrimoniales no están protegidos por la reserva viudal. Por ello, considera que de mantenerla debe tratarse de una reserva «sin calificativos»; que no sea el viudo quien deba reservar, sino simplemente, un padre o una madre. De no ser así, se mantendrá la discriminación.

Podría objetarse que extender la reserva a supuestos no expresamente contemplados en la letra del articulado del Código civil, aún cuando sea en aras de hacer efectivo el principio de igualdad para todos los hijos, nos llevará a incluir una limitación donde no existe, pues el conviviente pasará de la condición de propietario pleno a la de reservista, si contrae matrimonio, que sería el primero, convive maritalmente con otra persona de la que tiene descendencia, adopta a una persona distinta de los reservatarios...; con lo que verá recortadas sus posibilidades de actuación respecto de los bienes recibidos. La autora reflexiona sobre estos inconvenientes, sopesa argumentos a favor y en contra y concluye, con lo que estoy en total acuerdo, que si se opta por mantener la reserva debe ser haciendo prevalecer el derecho de igualdad de los hijos.

Otra cuestión que se plantea en este capítulo y que me parece muy interesante es la relativa a *la aplicación de la reserva ordinaria en los supuestos de divorcio*, dado que el artículo 85 del Código civil equipara el mismo a la muerte como causas de disolución del matrimonio. Después de tratar la regulación anterior a la Ley de Divorcio de 1981, se trata la situación posterior a la misma teniendo en cuenta la última reforma del año 2005. En una primera aproximación a la cuestión, seguramente se puede pensar que son aplicables las normas de la reserva familiar tradicional y ello en atención a dos circunstancias: de un lado, la posible existencia de un segundo matrimonio, pues el divorcio lleva implícita la posible sucesividad matrimonial; de otro, normalmente existirá descendencia del anterior matrimonio actualmente disuelto, que ante las nuevas perspectivas familiares y patrimoniales de su progenitor cónyuge divorciado, es necesario proteger.

Es razonable que las dos circunstancias aludidas se planteen con idéntica apariencia en los casos en los que la disolución matrimonial se produce por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio de los mismos. Y probablemente sea ésta la cuestión fundamental, ¿realmente pueden equipararse al efecto de la reserva, la disolución del matrimonio por muerte y por divorcio? La autora contempla las diversas opiniones doctrinales a favor y en contra de esta consideración y de las mismas se pueden extraer argumentos que a mi juicio nos permiten considerar que *la situación familiar que sobrevive a la sentencia de divorcio no es la más adecuada para la aplicación de la reserva viudal*, a pesar de no ser ésta la opinión más extendida en nuestra doctrina científica.

Así, podemos remontarnos al origen romano de la reserva binupcial para constatar que nace en un contexto cultural divorcista pero manteniéndose ajena al mismo; la interpretación literal de las normas del Código civil que siempre se refieren al viudo o viuda y al difunto consorte; la circunstancia de que el Código civil se ha visto afectado por diversas reformas, entre ellas las operadas por la Ley 30/81, de 7 de julio; Ley 11/81, de 13 de mayo y LO 1/96, de 15 de enero, que afectando entre otros a los artículos 85, 971, 973, 975, 978 y 980.2.º, no retocan sin embargo el supuesto de hecho de la reserva clásica con la finalidad de incluir, junto con la muerte, el supuesto de disolución del matrimonio por divorcio; y la diversa trascendencia jurídica de la muerte y el divorcio como causas que producen la disolución del vínculo matrimonial, pues los efectos personales y familiares que un hecho y otro generan son acusadamente diferentes.

El divorcio supone un punto y aparte en la vida de los cónyuges. Implica una ruptura con todo lo acontecido hasta el momento y un recomenzar en el triple ámbito personal, familiar y patrimonial, pero con una evidencia fundamental cual es que los ex cónyuges aún divorciados se encuentran presentes, de lo que se deduce que dada su capacidad y poder de actuación conducirán las situaciones presente y futura de la forma que consideren más conveniente, sin dejar ningún aspecto al azar, dentro por supuesto del marco jurídico que les envuelve. No podemos olvidar, además, que el divorcio no provoca la apertura de la sucesión de ninguno de ellos, pues esta institución a diferencia de la muerte no extingue la personalidad. Sin embargo, en el supuesto de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, el fallecido ya no puede decidir nada. Su capacidad se agotó con su vida. Únicamente podrá influir en la medida en que previamente decidiera la transmisión *mortis causa* de sus bienes. Ante esa ausencia que provoca su muerte, el legislador actúa y protege a la descendencia de su matrimonio ante un posible ulterior evento

matrimonial y ante la expansión natural de los afectos del cónyuge presente, limitando y coartando su comportamiento.

No creo que deba ser esta la postura del legislador en el supuesto de disolución del matrimonio por divorcio de los cónyuges, por el hecho de estar ambos progenitores vivos y por el hecho de haber tenido y seguir teniendo ambos plena capacidad para la protección de la descendencia común, que por lo demás tendrá el carácter de legitimaria en ambas sucesiones cuando éstas se produzcan. Creo que sólo podría admitirse la aplicación de la reserva en los casos de divorcio en relación a los bienes que uno de los ascendientes recibe de un descendiente común por vía de sucesión testamentaria y cuando el testamento en cuestión se hubiera otorgado antes de dictarse la sentencia de divorcio, pues si el descendiente premuere a sus ascendientes habiendo, al margen de las legítimas, mostrado su preferencia y favorecido a uno de ellos en su testamento, en un contexto en el que la relación matrimonial de los mismos podía calificarse de normal, cuando posteriormente se produce el divorcio de los progenitores y si el favorecido testamentariamente contrae nuevas nupcias, entiendo que nace la obligación para éste de reservar los bienes en favor del resto de descendientes del matrimonio, hermanos, por lo tanto, del disponente de los bienes.

En otro orden de cosas, los *capítulos tercero y cuarto* se ocupan del *elemento objetivo de la institución*, haciendo referencia respectivamente a los bienes objeto de la reserva y a la transmisión de los bienes reservables. En el primero de ellos, el capítulo tercero, la autora sigue un método consistente en el examen detenido de los diferentes supuestos de transmisión de bienes que pueden dar lugar a la obligación de reservar para el viudo o viuda. Desde mi punto de vista, esta técnica es muy acertada, pues permite realizar un estudio pormenorizado de las diferentes situaciones que pueden presentarse, lo que dota a la investigación de una evidente profundidad. Así, distingue, en función de quién transmitió los bienes: el difunto consorte, los hijos del anterior matrimonio o los parientes del difunto en consideración a éste; y examina concienzudamente cada posibilidad teniendo en cuenta el título de adquisición de los mismos: siempre de forma gratuita o lucrativa, ya sea *inter vivos* o *mortis causa* y tanto si se trata de adquisiciones voluntarias como si lo son por ministerio de la ley. Se diferencian, por tanto, las adquisiciones habidas a través de testamento, sucesión intestada, donación o por cualquier otro título lucrativo y las diversas controversias que cada situación puede plantear.

Pero de todas las cuestiones expuestas en este capítulo, la que me parece de mayor interés es la relativa a *si la legítima del cónyuge viudo debe ser objeto de reserva*. Parte la autora de los dos modos de atribución de la misma: o en usufructo o en caso de que éste se capitalice entregando bienes en propiedad. Para el primer caso, parece que lo más lógico es que el viudo o viuda no se vean obligados a reservar, pues realmente la propiedad de los bienes no les pertenece, sino que cuando ellos fallezcan pasará a consolidarse con la nuda propiedad atribuida normalmente a los propios descendientes del causante, cónyuge fallecido; pero es que además, y este argumento me parece definitivo, el usufructo del viudo es una cuota que se atribuye al cónyuge supérstite *ex lege*; es decir, como cualquier cuota legitimaria, es una porción de bienes de la que el testador, en realidad, no puede disponer libremente, sino que por ley está asignada a determinadas personas. Si el causante no puede disponer de esos bienes, no tiene sentido que después se pueda obligar al cónyuge supérstite a reservarlos. En el segundo supuesto, considero que lo más razonable, a pesar de que la autora incluye un estudio muy detallado de toda la doctrina científica contraria

a esta opinión, es mantener la misma postura, pues si consideramos que el usufructo no es reservable en sí mismo, tampoco lo han de ser los bienes que se reciben por la conmutación del mismo; además, la conmutación es un negocio jurídico que en el caso del artículo 839 del Código civil, pueden imponer los herederos al cónyuge viudo forzando la obligación de reservar a su libre albedrío y por último, la conmutación impuesta al viudo ya de por sí genera un beneficio para los herederos que sustituyen el usufructo sobre los bienes, que ellos mismos tienen que soportar, por la cuota viudal capitalizada, con lo que el negocio jurídico se presenta como oneroso para el viudo o viuda en la relación con los herederos del difunto.

Quiero destacar también otra cuestión planteada en este mismo capítulo y totalmente relacionada con lo anteriormente expuesto, cual es la duda sobre si todos los bienes habidos del hijo del primer matrimonio se reservan o únicamente los que procedieran a su vez de su progenitor difunto y si se ha de reservar la legítima heredada por el bínubo de sus descendientes. Tras estudiar la regulación de esta cuestión en el Derecho Romano y su evolución hasta la época actual, haciendo un recorrido por la doctrina más destacada y por resoluciones judiciales anteriores o posteriores a la promulgación del Código civil, explica la autora cómo ha ido evolucionando la cuestión en esta materia para llegar a la conclusión de que tras la promulgación del Código civil, artículo 969, la mayoría de la doctrina incluye entre los bienes reservables habidos del hijo del primer matrimonio, todos los que el reservista recibe, con la salvedad establecida en el artículo 970.

La solución adoptada me parece coherente pues se ha de tener en cuenta que el artículo 969 del Código civil no distingue y además las posibles dudas a la hora de su interpretación han de subsanarse poniéndolo en relación sistemática con el artículo anterior, el 968, que hace referencia a todos los bienes. Podría objetarse que si el reservista ha tenido descendencia de la segunda relación matrimonial, estos descendientes son hermanos de vínculo sencillo del descendiente que inicialmente transmitió los bienes con lo que aún cuando los bienes cambien de familia los reciben medio hermanos. Pero, siendo esto así, el resto de personas que pueden resultar implicadas, la familia del nuevo cónyuge es absolutamente ajena al descendiente transmisor. En otro orden de cosas si concluyéramos que sólo han de reservarse los bienes que a su vez el descendiente haya recibido del ascendiente premuerto, de algún modo se produce una intersección con la reserva lineal del artículo 811 del Código civil, que no exige las segundas nupcias, lo que plantearía una nueva problemática que queda al margen del tema central de esta monografía. Por último y en relación a la legítima del ascendiente, entiendo que debe mantenerse la misma posición manifestada anteriormente y por las mismas razones.

Por último en el *capítulo cuarto* se contempla toda la casuística que plantea *la transmisión de los bienes sujetos a la reserva viudal*. Distingue la autora la enajenación de bienes muebles e inmuebles y se dedica en primer lugar a aquéllos concluyendo, con lo que estoy totalmente de acuerdo, que el artículo 976 del Código civil reconoce sin limitaciones las plenas facultades dispositivas del reservista respecto de estos bienes, dejando a salvo su obligación de indemnizar. La enajenación se mantiene en todo caso y no sólo si hubiera adquirido un tercero de buena fe, pues no se trata de hacer valer la existencia de una adquisición a *non domino*, sino que partiendo de la diferente consideración de los bienes muebles, el propio legislador autoriza al reservista a enajenar, estando obligado a devolver, si se da el caso, el precio que hubiera recibido o si la enajenación se realizó a título gratuito, el valor de los bienes. Así, la enajenación es

perfectamente válida y definitiva con absoluta independencia del conocimiento que de la reserva tenga el tercero que recibe los bienes.

Se dedica después el estudio a la enajenación de los bienes inmuebles, distinguiendo si aquella se lleva a cabo con anterioridad a la reserva o encontrándose la misma en estado de pendencia. Para el primer caso, es interesante el análisis que se realiza de tres sentencias del Tribunal Supremo anteriores a la promulgación del Código civil que se decantaban por la aplicación del criterio que permitía a los hijos de la primera unión matrimonial, tras fallecer el reservista, la reivindicación de los bienes que aquél hubiera enajenado antes de contraer nuevas nupcias; para contrastarlo con los cambios que produce la promulgación del Código civil, en el sentido de que en la actualidad se considera que las enajenaciones de bienes inmuebles serán válidas, tanto si se han producido a título oneroso como gratuito, si bien, desde el momento en que nazca la reserva, el reservista deberá asegurar a los hijos y descendientes del primer matrimonio el valor de los bienes enajenados, con lo que pasamos de una obligación de reservar *in natura*, a una obligación de reservar el valor.

Si la enajenación se realiza pendiente la reserva se preocupa la autora por estudiar los efectos que ésta produce en relación a terceros adquirentes en función de la inscripción o no de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, y en su caso, si se ha hecho constar o no el carácter reservable de los mismos. Si los inmuebles están inmatriculados sin hacer constar su cualidad de reservables, los terceros que adquieran onerosamente *inter vivos* e inscriban su adquisición, se verán amparados por la legislación hipotecaria frente a posibles actuaciones de los reservatarios una vez que haya fallecido el reservista y adquieran el derecho a la reserva. Siempre que no hayan actuado en fraude de los reservatarios y que la enajenación no hubiera sido realizada a título gratuito, supuestos en los que no serán mantenidos en su derecho y si los reservatarios reivindicar los bienes los adquirirán. Ahora bien, si el tercero está protegido por la fe pública registral, los reservatarios que finalmente tengan derecho a la reserva, tendrán derecho a recibir un valor, el de los bienes enajenados asegurado con hipoteca.

El último caso contemplado es que los bienes inmuebles no estén inmatriculados o que lo estén constando la cualidad de reservables de los mismos. Con carácter previo hace un repaso la autora por las medidas de garantía o precautorias que el cónyuge viudo debe adoptar en relación a los bienes reservables. Así, la obligación principal de reservar conlleva otras obligaciones de carácter accesorio tendentes a garantizar el cumplimiento de la principal. Brevemente, estas se concretarán del siguiente modo: hacer un inventario de todos los bienes sujetos a la reserva sin distinción en función de su naturaleza mueble o inmueble y tasación de los bienes muebles, hacer constar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, y asegurar con hipoteca la restitución de los bienes muebles no enajenados, el abono de los deterioros causados por culpa o negligencia del reservista, la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados o el valor de los mismos si la enajenación se hizo a título gratuito o aún siendo la enajenación a título oneroso si los inmuebles fueron válidamente enajenados. Para el supuesto de que el reservista no llevara a cabo el cumplimiento de estas obligaciones por su propia iniciativa, cabe la posibilidad de que los potenciales reservatarios, aún no teniendo ningún derecho sobre los bienes reservables, puedan proteger y asegurar su expectativa jurídica exigiendo al reservista la adopción de las medidas pertinentes para evitar la frustración de la misma.

Teniendo todo esto en cuenta aborda la autora la problemática que plantea la enajenación realizada por el reservista de bienes reservables pendiente la reserva y el tipo de acción, que en su caso corresponde al reservatario, una vez que se consuma la misma. En este caso, el tercer adquirente de los bienes puede conocer la reserva, por lo cual, no será mantenido en su adquisición, pudiendo por lo tanto, los reservatarios que le sobrevivan impugnar estas adquisiciones. De este extenso apartado me parece destacable el profundo repaso que se hace de conceptos fundamentales en el ámbito del Derecho Civil, así de las acciones de nulidad, anulabilidad, rescisoria y resolutoria o de la ineficacia sobrevenida, al hilo de las diversas y variadas opiniones de la doctrina científica que se muestra en franco desacuerdo acerca de la calificación de las enajenaciones de bienes inmuebles reservables en estado de pendencia.

Por último, en el *capítulo final* y después de estudiar las diversas opiniones doctrinales acerca de la *naturaleza jurídica de la reserva*, Donado Vara nos brinda su opinión personal acerca de la misma, de la que destaco las siguientes afirmaciones: 1. El reservista es plenamente propietario de los bienes, mientras permanezca en estado de viudez, no adopte o tenga un hijo no matrimonial; 2. Aquellos supuestos provocan una limitación en su facultad dispositiva; 3. Los reservatarios están facultados para pedir, con el fin de garantizar la efectividad de la reserva, ciertas medidas de conservación y subrogación del valor de los bienes reservables; 4. Los reservatarios durante la reserva sólo gozan de una expectativa que se convertirá en efectivo derecho si sobreviven al reservista.

De estas premisas se deduce a mi entender, la gran importancia que en la aplicación de la reserva tiene *el principio de subrogación real*, pues si bien en términos generales al reservista se le puede considerar titular de los bienes y por tanto facultado para realizar actos de disposición sobre los mismos; sólo podemos mantener esta conclusión si se imponen al reservista las consecuencias de la subrogación real en caso de enajenación para no dejar carente de sentido el eventual derecho de adquisición de los reservatarios. Así, dándose los presupuestos de la reserva y existiendo reservatarios a la muerte del ascendiente, éste deberá entregarles los bienes reservables, pero si éstos no existieran en su patrimonio, se habrá de acudir a la subrogación real y a la subrogación en valor, en aras de la protección de su derecho.

Para finalizar, quisiera poner de manifiesto que merece la pena la lectura detenida de este libro, que plantea y estudia las cuestiones de una manera profunda y sosegada, que adopta soluciones coherentes y bien argumentadas, que permite al estudioso del Derecho Civil y del Derecho de Sucesiones un repaso por las principales instituciones del mismo y en el que la autora no elude ninguna de las materias que pudieran resultar más conflictivas y polémicas en la actualidad, dotándolo de una evidente vertiente práctica.

María Teresa PÉREZ GIMÉNEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. –II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALEXANDER, C.: «Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht», *JuS*, 2009, núm. 7, pp. 590-594.

La contribución aborda los principales aspectos de la defensa jurídica colectiva en el Derecho civil y en el Derecho procesal civil. (*B. T. G.*)

ARNOLD, S.: «Zu den Grenzen der Normentheorie. Die Beweislast bei non liquet über das Verstreichen von Anfechtungsfristen», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 285-308.

Sobre los límites de las modernas teorías de la norma, a propósito del supuesto del transcurso del plazo para la impugnación de un acto jurídico, y la carga de la prueba de los hechos sobre el transcurso del plazo. (*M. G.-R.*)

CONSOLO, C.: «L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana», *RTDPC*, 2009, núm. 3, pp. 905-939.

Análisis de los efectos de la *exceptio compromissi*, derivada del proceso de arbitraje, ante los tribunales italianos y los problemas de reconocimiento de laudos extranjeros. (*M. R. D. R.*)

DE BOER, N. J.: «The Theoretical Foundations of the Common Core of European Private Law Project: A Critical Appraisal», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 841-851.

El artículo critica los fundamentos del *Common Core of European Private Law*, que está basado en las teorías de Rodolfo Sacco sobre el Derecho comparado. Para el autor, el Derecho tiene aspectos muy distintos, y no exis-

te un único método para analizar el Derecho comparado, lo que sería de tener en cuenta de cara a la armonización del Derecho europeo. (*M. G.-R.*)

DEMOTT, D. A.: «Ratification: Useful but Uneven», *ERPL*, núm. 6, 2009, pp. 987-1002.

La autora estudia la ratificación del agente no autorizado dentro de los sistemas del *Common Law*. Pone de manifiesto la complejidad de la cuestión en cada país y la dificultad de unificarla. Por otra parte, la ratificación puede ser un instrumento que se presta al posible abuso de que lo que aquí llamaríamos dueño del negocio, pues en el momento de la ratificación dispone de una información de la que carecían el agente y la tercera parte al consentir el contrato; p. ej., el subsiguiente desarrollo del mercado en un ámbito determinado. Con esa información adicional decidirá si ratifica o no. (*M. G.-R.*)

FERRI, G.: «Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari e nella stagione della codificazione unitaria», *RDC*, 2009, núm. 2 parte prima, pp. 227-247.

Revisión histórico-jurídica de la figura del concebido y no nacido y la atribución de personalidad jurídica y capacidad para suceder: la transposición del artículo 725 del *Code Napoléon* en los Códigos civiles preunitarios italianos, el artículo 724 del *Codice civile* de 1865, el artículo 1 del *Codice civile* de 1942. (*M. R. D. R.*)

GAMBARO, A.: «Common Law e Civil Law: evoluzione e metodi di confronto», *RTDPC*, 2009, núm. 4 (supl), pp. 7-38.

Revisión de la evolución y diferencias entre los sistemas del *Common Law* y *Civil Law*, teniendo en cuenta, también, las tendencias de *New Institutional Economics*, *Von Hayek Legacy* y el sistema *Law and Development*. (*M. R. D. R.*)

IRTI, N.: «Crisi mondiale e diritto europeo», *RTDPC*, 2009, núm. 4, pp. 1243-1252.

Reflexiones acerca de la crisis de valores, política y económica mundial y las tendencias del Derecho Europeo. (*M. R. D. R.*)

LIPARI, N.: «Il problema dell'effettività del diritto comunitario», *RTDPC*, 2009, núm. 3, pp. 887-903.

Reflexiones sobre el principio de efectividad del Derecho Comunitario y su aplicación por la jurisprudencia en los supuestos de concurrencia con el Derecho nacional. (*M. R. D. R.*)

— «Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile», *RDC*, 2009, núm. 5, parte prima, pp. 515-528.

El Derecho civil y la doctrina civilista, analizada desde una perspectiva legislativa, jurisprudencial, filosófica, conceptual, social y metodológica, ante la necesidad de un replanteamiento de la categoría del Derecho civil en la actualidad. (*M. R. D. R.*)

LORENZ, S.: «Grundwissen – Zivilrecht: Abtretung», *JuS*, 2009, núm. 10, pp. 891-894.

El artículo vuelve sobre la discusión respecto de los negocios jurídicos abstractos y causales a propósito de la cesión de crédito. (*B. T. G.*)

PIMONT, S.: «Peut-on réduire le droit en théories générales? Exemples en droit du contrat», *RTDC*, 2009, núm. 3, pp. 417-432.

El autor plantea en este artículo el poco interés de las diversas construcciones jurídicas y teorías generales sobre el derecho y el contrato en particular. Utilización de éstas por la jurisprudencia. Necesidad actual de reducir las teorías generales. (*R. A. R.*)

SCALISI, V.: «Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo», *RDC*, 2009, núm. 4, parte prima, pp. 413-437.

Revisión del sistema de fuentes de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, a la vista de los cambios introducidos en el Derecho privado europeo: métodos de interpretación de los textos normativos comunitarios, solución de posibles lagunas, aplicación de la figura de la analogía, orden y aplicación de valores. (*M. R. D. R.*)

QUADRI, E.: «A proposito della ristampa del contributo alla teoria del negozio giuridico di Renato Scognamiglio», *RDC*, 2009, núm. 4, parte seconda, pp. 385-402.

Reflexión sobre la categoría del negocio jurídico, con motivo del importante proyecto europeo de reforma del Derecho Privado: naturaleza y esencia del negocio jurídico, régimen aplicable, efectos de la autonomía privada, eficacia, ineficacia y nulidad del negocio jurídico. (*M. R. D. R.*)

REYNOLDS, F.: «Apparent Authority», *ERPL*, núm. 6, 2009, pp. 975-985.

El trabajo trata sobre lo que los juristas del *Common Law* llaman «apparent authority», por la que un sujeto puede resultar ligado contractualmente por un acto no autorizado cuando el que actúa aparece como autorizado frente a un tercero. El autor se centra especialmente en la comparación entre el remedio clásico del Derecho anglosajón (*estoppel*) y el que propone el *Restatement Third* norteamericano. (*M. G.-R.*)

SAMMUT, I.: «Tying the Knot in European Private Law», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 813-840.

Estudio que pone de manifiesto cómo, cada vez más, los juristas teóricos y prácticos conocen las soluciones que a determinados problemas se dan en otros países. Partiendo de esta base, se pregunta si es deseable llegar a una codificación del Derecho privado europeo, siendo su conclusión más bien escéptica. (*M. G.-R.*)

SCHILLIG, M.: «The Contribution of Law and Economics as a Method of Legal Reasoning in European Private Law», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 853-893.

Enésimo artículo sobre el análisis económico del Derecho, y en qué medida puede ayudar al desarrollo de un método autónomo de razonamiento legal en el Derecho privado europeo. (*M. G.-R.*)

VARANO, V.: «Civil Law e Common Law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica», *RTDPC*, 2009, núm. 4 (supl.), pp. 39-59.

Reflexión acerca del proceso de globalización, armonización o unificación del Derecho y la necesidad de respetar las diferencias existentes entre distintas culturas, incluyendo su tradición jurídica. (*M. R. D. R.*)

VERHAGEN, H. L. E.: «The Liability of the Falsus Procurator», *ERPL*, núm. 6, 2009, pp. 1003-1010.

El artículo examina críticamente ciertos aspectos de la responsabilidad del *falsus procurator*, tales como la medida de la responsabilidad del agente en ausencia de fraude o negligencia, la posible responsabilidad extracontractual del dueño del negocio por la falta de autorización del agente y la aplicación, en su caso, del Reglamento comunitario sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), de 2008. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ANZANI, G.: «Capacità di agire e interessi della personalità», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 509-520.

El régimen de la voluntad en las decisiones concernientes a la personalidad. La legitimación de los terceros para sustituir al incapaz en las decisiones que conciernen a su persona como tal. (*Alma R. G.*)

BALLARANI, G.: «La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura “integrata” dell’art. 1 c.c.», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1159-1198.

Responsabilidad médica por diagnóstico prenatal ausente o erróneo: intereses protegidos y daños resarcibles. El discutido derecho a nacer sanos. Reconocimiento de la subjetividad jurídica del concebido y no nacido a los fines de la obtención del resarcimiento por el daño causado. (*Alma R. G.*)

BARDARO, L.: «Si può dichiarare il proprio figlio con il nome “Venerdì”? I giudici di merito lo negano, la Suprema Corte si lava le mani», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 601-613.

Comentario jurisprudencial sobre la potestad de los progenitores de elegir e imponer cualquier nombre al hijo. (*Alma R. G.*)

BOTTALICO, B.: «Familiarità dei caratteri ereditari e diritti individuali: un caso davanti al Tribunale di Milano», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 399-410.

Artículo acerca de la nueva relevancia jurídica del «grupo biológico»: los recientes desarrollos de la genética han hecho emerger a nivel jurídico el tema de la familiaridad de los caracteres hereditarios. Los conceptos de esfera individual y de intimidad de cada individuo entran en conflicto ahora con los derechos individuales de los otros miembros del grupo biológico de pertenencia. (*Alma R. G.*)

BRUNS, P.: «Fiduziarische Stiftung als Rechtsperson», *JZ*, 2009, núm. 17, pp. 840-846.

El autor defiende la personalidad jurídica de las fundaciones fiduciarias, no sometidas al control de la Administración, pues considera que cumplen los requisitos establecidos en los parágrafos 80 y 81 BGB. (*B. F. G.*)

CARRE, S.: «Le vertige de l’irrecevabilité (à propos de l’arrêt de la Cour de Cassation du 19 juin 2008)» *RIDA*, núm. 221, julio 2009, pp. 65-213.

Comentario a la sentencia dictada por la Corte de Casación el 19 de junio de 2008, favorable a la admisibilidad de la acción del aficionado/consumidor/

usuario que –basándose en el beneficio de la excepción de la copia privada– puede invocar un derecho a la copia privada para oponerse a que se coloquen en el soporte de una obra protegida medidas técnicas de protección. (C. J. D.)

CASTELLANETA, M./LEANDRO, A.: «Il regolamento CE n. 4/2009 relative alle obbligazioni alimentari», *NLCC*, 2009, núm. 5, pp. 1051-1111.

Análisis del Reglamento CE 4/2009, sobre el régimen de la obligación de alimentos en las relaciones familiares, y su coordinación con el contenido de la Conferencia de La Haya en el ámbito del derecho internacional privado. Especial consideración de la determinación de la jurisdicción aplicable, cooperación entre Estados miembros para el efectivo cumplimiento de los créditos por alimentos y de las obligaciones de alimentos respecto a menores, cónyuges, ex cónyuges. (M. R. D. R.)

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX: «5èmes Etats généraux du Droit de la famille», *GP*, 2009, núm. 340-342.

Estudios sobre el menor. El lugar del niño en Europa y la protección de su interés. Los derechos del niño en el mundo. El menor y la vida en pareja. (I. S. P.)

DELARUE, J. M.: «La protection de la santé dans les lieux de privation de liberté», *GP*, 2010, núm. 15-16, pp. 10-21.

Estudio ante los problemas que presentan la salud de los reclusos privados de libertad y la posición de la Corte Europea de Derechos Humanos. (R. A. R.)

DEPADT-SEBAG, V.: «La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur: un secret d'ordre public», *RD*, 2010, núm. 6, pp. 330-334.

La Ley de procreación médica asistida por un tercero donante anónimo en la Ley de 29 de julio de 1994. Rechazo a establecer circunstancias de la concepción en la filiación e inscripción de nacimiento. Problemas para el niño tras la reforma de la Ley de 6 de agosto de 2004. (I. S. P.)

DIEHN, T./REBHAN, R.: «Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung», *NJW*, 2010, núm. 6, pp. 326-331.

Novedades sobre el derecho de autodeterminación del paciente. (B. F. G.)

DUPONT, N.: «De la clémence des juges à l'égard des associations non habilitées à agir par la loi», *SJ*, núm. 47, 2009, pp. 13-15.

La jurisprudencia civil se muestra actualmente a favor de que las asociaciones no habilitadas por la ley puedan presentar una acción colectiva. (R. A. R.)

FIORAVANTI, C.: «La nuova disciplina dell'acquisto della cittadinanza italiana iure matrimonii», *NLCC*, 2009, núm. 5, pp. 1137-1180.

Análisis del artículo 1.11 y 12, de la *l. 15 luglio 2009 n. 94*, sobre los presupuestos de adquisición de la nacionalidad italiana por razón de matrimonio, en la práctica jurisprudencial. (M. R. D. R.)

FRESNEL, F.: «Le médecin et le droit des majeurs», *GP*, 2009, núm. 287-288, pp. 3-8.

Estudio sobre la nueva Ley de protección de los mayores entrada en vigor el 1 de enero de 2009. La intervención del médico y la emisión de certificado en caso de adopción de medidas judiciales sobre el mayor. (R. A. R.)

FRICERO, N.: «La loi du 4 janvier 2010 vient renforcer la liberté de la presse et mettre le dispositif français en conformité avec la Convention européenne», *GP*, 2010, núm. 20-21, pp. 15-18.

Estudio sobre la Ley de protección de fuentes periodísticas de 4 de junio de 2010. Oponibilidad de la confidencialidad a todos. Medidas de protección para el periodista. (*I. S. P.*)

GAUDRAT, P.: «L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957» *RIDA*, núm. 221, julio 2009, pp. 3-63.

Informe sobre el simposio en materia de propiedad intelectual que tuvo lugar en el Senado francés, el 14 de marzo de 2008, con ocasión del cincuenta aniversario de la Ley de 11 de marzo de 1957. (*C. J. D.*)

GENENGER, A.: «Das neue Gendiagnostikgesetz», *NJW*, 2010, núm. 3, pp. 113-117.

Análisis de la nueva Ley sobre el diagnóstico genético de 31 de julio de 2009: implicaciones en los derechos de la personalidad, el Derecho del trabajo y el Derecho de familia. (*B. F. G.*)

GIANOLA, A.: «Di una “donazione” del tutore dell'interdetto», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 675-689.

Comentario jurisprudencial sobre la potestad y legitimación del tutor de un sujeto incapaz para solicitar, en nombre y por cuenta del incapaz, la realización de una donación inmobiliaria a favor de los hijos de dicho incapaz. (*Alma R. G.*)

HAUSER, J.: «L'enfant ou l'enfance? Le droit à l'image. (contribution au Xxe. Anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant)», *RD*, 2010, núm. 4, pp. 214-220.

La protección jurídica del derecho a la imagen del niño. La utilización de ese derecho por los mayores y la necesidad de protección. (*I. S. P.*)

JANNARELLI, A.: «Brevi note approposito di “soggetto giuridico” e di “patrimoni separati”», *RTDPC*, 2009, núm. 4, pp. 1253-1281.

Breves notas sobre la personalidad jurídica y la naturaleza y régimen jurídico de los patrimonios separados, tipificando éstos en función de los intereses tutelados y de su origen legal o voluntario. Comentario del artículo 2740 CC. (*M. R. D. R.*)

LANCRENON, T.: «Épitomé d'une controverse sur le droit de divulgation de l'auteur» *RIDA*, núm. 222, octubre 2009, pp. 3-55.

El autor presenta el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza del derecho de divulgación (consagrado por la Ley francesa de 1957 como un derecho del autor) y cuestiona el alcance y la definición del contenido de este derecho del autor a revelar públicamente su obra. (*C. J. D.*)

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: «Reflexiones sobre la ley aplicable a la titularidad inicial de los derechos patrimoniales de los autores asalariados», *RIDA*, núm. 222, octubre 2009, pp. 57-187.

El trabajo aborda la cuestión de la ley aplicable a la titularidad original de los derechos patrimoniales de los autores asalariados, en el marco de la

explotación internacional de una obra artística o científica. En particular, se estudia la recepción en nuestro Ordenamiento de la figura americana reguladora de esta materia (*Works made for hire*). (C. J. D.)

MASOUYÉ, P.: «Chronique internationale. Le droit d'auteur se meurt... vive le droit... des utilisateurs...» *RIDA*, núm. 222, octubre 2009, pp. 199-283.

El autor de la crónica, Director de la Sección de gestión colectiva del derecho de autor de la OMPI, preocupado por la muerte lenta del derecho de autor y de los derechos conexos, plasma en este artículo sus opiniones que –aclara– no son necesariamente coincidentes con las del organismo al que pertenece. Apología de los derechos de autor y de sus cimientos, que impulsa a la acción protectora de los mimos mediante la oportuna adaptación a las nuevas técnicas y al comportamiento de los usuarios en una sociedad de la información y digitalización, cada día más globalizada. (C. J. D.)

NGOMBE, L.Y.: «Chronique d'Afrique», *RIDA*, núm. 221, julio 2009, pp. 215-303.

Crónica del Derecho de autor en África en el periodo que media entre 2004 y 2009. (C. J. D.)

PAESANO, G.: «Stato vegetativo permanente e libera scelta del rifiuto di cure», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 542-564.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de noviembre de 2008, núm. 27145, relativa al conocido como «Caso Eluana», en el que el padre y representante legal de una mujer que se encuentra en coma irreversible durante más de dieciséis años como consecuencia de un accidente de circulación, solicita interrumpir el tratamiento médico que la mantiene viva.

La sentencia en sí misma considerada no añade nada al intenso debate; en efecto, el comentario se centra fundamentalmente en la anterior sentencia de la *Corte di Cassazione* de 16 de octubre de 2007 (núm. 21748) que indicó los requisitos necesarios para que una petición como la del representante legal de Eluana prospere, a saber: el carácter irreversible del estado vegetativo y la prueba de la voluntad del paciente de no aceptar continuar viviendo en dicho estado. (B. F. G.)

PAISANT, G.: «Le consommateur est seulement une personne physique», *SJ*, núm. 38, 2009, pp. 21-22.

El artículo L. 136-1 del Código de los consumidores se aplica únicamente a los consumidores y concierne únicamente a las personas físicas. Un comité de empresas, persona jurídica, no puede hacerlo valer. (I. S. P.)

PARENTE, F.: «La “biogiuridicità” della vita nascente tra “libertà” della ricerca biomedica e “dinamismo” della tutela dei valori esistenziali dell'uomo», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 444-471.

El autor defiende la extensión de la tutela derivada de los derechos innatos de la persona a la «vida embrionaria». (B. F. G.)

PARISI, M.: «Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1525-1539.

La libertad de expresión y la libertad religiosa en las sociedades multiculturales. (Alma R. G.)

VILLANI, R.: «Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della consulta sulla disciplina della legge n. 40/04», *NLCC*, 2009, núms. 3-4, pp. 475-500.

Estudio jurisprudencial de las decisiones judiciales sobre técnicas de reproducción asistida, requisitos y efectos, a propósito de la sentencia *Corte cost. 1.º aprile-8 maggio 2009*, n. 151. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2009, núm. 170-171.

Crónicas de actualidad sobre la organización de los servicios médicos; la bioética; profesionales de la salud; etc. (*R. A. R.*)

– «Gazette du Droit des technologies avancées», *GP*, 2009, núm. 294-295.

Estudios sobre el problema del tratamiento de datos personales en los hospitales. La denominada salud electrónica. (*R. A. R.*)

– «Droit de la santé», *GP*, 2009, núm. 326-328.

El problema de la salud ante las antenas de telefonía móvil. Estudios sobre el tema. (*R. A. R.*)

ZIINO, D.: «Il disconoscimento di paternità e l'art. 235, comma 1, n. 3, c.c.: la c.d. impossibilità morale», *GC*, 2009, núm. 11, pp. 425-440.

Estudio histórico del artículo 235.1.3 CC y reflexión sobre las acciones de filiación, en aras de la verdad y de la legitimidad. (*M. R. D. R.*)

PERSONA JURÍDICA

DEL PRATO, E.: «L'ente privato come atto di autonomia», *RDC*, 2009, núm. 4, parte prima, pp. 451-463.

Reflexión sobre la figura histórica de la persona jurídica, su nacimiento y efectos *erga omnes* de sus actos. (*M. R. D. R.*)

NICOLAI, M.: «Indici presuntivi dell'esistenza di una società di fatto tra diritto civile e diritto tributario», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 802-809.

La sociedad de hecho y la apariencia jurídica. Las presunciones idóneas para identificar una sociedad de hecho. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ACKERMANN, Th.: «Das Informationsmodell in Recht der Dienstleistungen», *ZEuP*, núm. 2, 2009, pp. 230-267.

El artículo estudia la Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior, de 2006, y sus reglas sobre los deberes de información de los prestadores de servicios en Europa. En primer lugar, se pone de manifiesto que tales reglas, de por sí, no parece que vayan a facilitar la prestación de servicios entre sujetos de diversos países, por razones fácilmente comprensibles de

distancia, lengua y cultura. En segundo lugar, se critican los instrumentos jurídicos elegidos por el Parlamento y Consejo europeos para promover esa información contractual. (*M. G.-R.*)

ADDA, A.: «Danno da inadempimento contrattuale e diritto privato europeo: le scelte dei principi acquis», *RDC*, 2009, núm, 5, parte prima, pp. 573-612.

Reflexión sobre los Principios del Derecho Comunitario de los contratos y la experiencia del *Common Law*, en especial en materia de daños, patrimoniales y morales, por incumplimiento contractual. (*M. R. D. R.*)

ALBANESE, A.: «L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 822-829.

Artículo sobre la injusticia del beneficio y el enriquecimiento sin causa. (*Alma R. G.*)

ALEXANDER, C.: «Neuregelungen zum Schutz der Verbraucher bei unerlaubter Telefonwerbung», *JuS*, 2009, núm. 12, pp. 1070-1074.

El artículo ofrece una visión general sobre la nueva regulación en materia de protección del consumidor frente a la publicidad por teléfono no consentida. (*B. T. G.*)

ALT-MAES, F.: «Suicide d'un malade et responsabilité des établissements et personnels de soins», *GP*, 2009, núm. 270-272, pp. 2-9.

Análisis del suicidio de enfermos mentales en los centros psiquiátricos. La falta de los profesionales y su responsabilidad civil o administrativa de ellos y del centro por su mala actuación. (*I. S. P.*)

AMOROSO, D.: «In tema di distinzione fra donazione diretta di danaro e donazione indiretta dell'immobile acquistato dal donatario – osservazione a Cass. 6 novembre 2008 n. 26746», *GC*, 2009, núm. 11, pp. 2386-2388. (*M. R. D. R.*)

AUQUÉ, F.: «Le défaut d'exploitation de locaux commerciaux ne serait plus une cause de résiliation du bail», *SJ*, núm. 42, 2009, pp. 22-25

Analiza la posibilidad de resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por falta de explotación al hilo de la sentencia número 07-18. 618. (*I. S. P.*)

AYNÈS, A.: «Opposabilité du droit de rétention aux sous-acquéreurs et clôture de la liquidation judiciaire du débiteur pour insuffisance d'actif», *SJ*, núm. 44, 2009, pp. 15-17.

El derecho de retención ejercido por el vendedor sobre los documentos administrativos de un vehículo es oponible a los adquirentes. (*I. S. P.*)

AZZARRI, F.: «Responsabilità del medico e paradigma dei danni non patrimoniali», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 1039-1047.

Comentario a sentencia sobre responsabilidad médica y los problemas generados en Italia respecto del resarcimiento del daño a la salud. (*Alma R. G.*)

— «Contratti finanziari e categorie civilistiche», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 672-680.

Comentario a sentencia sobre responsabilidad del intermediario de un contrato financiero y vulneración de obligaciones de conducta, en concreto, violación de obligaciones de información. (*Alma R. G.*)

BARTOLOMUCCI, P.: «Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 440-451.

Información y autonomía contractual en el ámbito del mercado financiero. Las asimetrías informativas en el sector de la comercialización de productos financieros. Obligaciones de información del intermediario. (*Alma R. G.*)

BECQUÉ-ICKOWICZ, S.: «Clair-obscur sur les défauts de conformité apparents dans la vente d'immeuble à construire», *RDI*, 2009, núm. 9, pp. 448-457.

Estudio a propósito de la Ley 2009-323 de 25 de marzo sobre garantía de vicios aparentes y defectos de conformidad, que modifica los arts. 1642,1 y 1648,2 del CC. Armonización necesaria y pedida por la doctrina. (*I. S. P.*)

BIANCHI, R.: «Sigarette *light* e nuovo danno non patrimoniale», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 783-791.

Comentario jurisprudencial relativo a responsabilidad por publicidad engañosa sobre cigarrillos *light*. En general, daños causados por el consumo del tabaco. (*Alma R. G.*)

BOTTONI, F.: «Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'*avant-projet* di riforma del diritto delle obbligazioni. In *medio stat virtutis?*», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 565-598.

El presente artículo se ocupa del *Avan Projet* francés de reforma del Derecho de obligaciones. En concreto, el autor se centra en el tratamiento de la influencia de los cambios de circunstancias en la vida del contrato. Tras una síntesis del Derecho de obligaciones francés, caracterizado por una política de conservación del contrato, se valora la solución aportada por el *avant-projet* procediendo también a su comparación con los Principios UNIDROIT. (*B. F. G.*)

BRIZZI, F.: «La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile – nota a Cass. 23 giugno 2008 n.17033», *GC*, 2009, núm. 11, pp. 2441-2455. (*M. R. D. R.*)

BRUSORIO-AILLAUD, M.: «Obligation d'information du vendeur d'un rat domestique sur les risques de maladie», *SJ*, núm. 40, 2009, pp. 21-23.

La obligación de información del vendedor de mascotas, derivada que su cualidad profesional, sobre el riesgo de enfermedad que puede producir la mordedura de una rata doméstica. (*I. S. P.*)

BUCCI, E.: «Il pregiudizio conseguente alla lesione del diritto alla tranquillità è mero disappunto?», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 1009-1012.

Comentario jurisprudencial relativo al problema de la reparación del daño existencial por *stress*. (*Alma R. G.*)

CACACE, S.: «L'estate di San Martino a Seveso», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 890-892.

Comentario jurisprudencial sobre resarcimiento del daño no patrimonial ante un desastre medioambiental. (*Alma R. G.*)

CALVO, R.: «La responsabilità contrattuale del vettore terrestre», *NLCC*, 2009, núm. 2, pp. 271-323.

Estudio del d. lgs. 22 diciembre 2008, n. 214, sobre empresas de transporte terrestre y su responsabilidad contractual: carga de la prueba, determinación del daño y relación de causalidad. Una visión desde el punto de vista del Derecho común, el Derecho Uniforme y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional (*M. R. D. R.*)

CAPOTORTO, M.: «Perdita del *receptum* e danno risarcibile nel contratto di trasporto di cose. Riflessi sul diritto di surrogazione dell'assicuratore», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 857-863.

Comentario jurisprudencial sobre el daño resarcible en el contrato de transporte de cosas por pérdida de las mercancías. (*Alma R. G.*)

CARRIERO, G.: «Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo. Linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi», *RDC*, 2009, núm. 5, parte seconda, pp. 509-523.

Revisión y análisis crítico de la disciplina sobre el crédito al consumo, desde la Directiva 87/102/Cee, de 22 de diciembre de 1986 y las necesarias reformas en materia de tutela del consumidor. (*M. R. D. R.*)

CASTRONOVO, C.: «Information Duties and Precontractual Good Faith», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 559-571.

El conocido civilista italiano trata la relación entre los deberes de información y el principio de buena fe en el Proyecto de Marco Común de Referencia. Hasta ahora, el acervo comunitario se ha centrado en los deberes de información en los contratos con consumidores. En opinión del autor, la generalización de estos deberes en el Marco Común es un resultado laudable, consecuencia de su inserción en el principio más general de la buena fe contractual. (*M. G.-R.*)

CATALIOTTI, M.: «Brevi riflessioni sulla responsabilità medica», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 333-355.

La autora recorre el camino que se ha seguido hasta conseguir una postura unitaria en relación con los casos de daño a pacientes causado por un médico dependiente de una estructura hospitalaria. La reciente sentencia de la *Corte di Cassazione* (núm. 8826/2007) ha confirmado la responsabilidad contractual del hospital en estos casos y la del médico, fundada en el denominado «contrato social» del médico. (*B. F. G.*)

CENTONZE, S.: «Risarcimento del danno, condizione di reciprocità e lesione di diritti fondamentali», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 1149-1151.

Aplicabilidad o no de la condición de reciprocidad del ciudadano extranjero que solicita el resarcimiento del daño por lesión de sus derechos fundamentales, como, por ejemplo, del derecho a la salud. (*Alma R. G.*)

COLACINO, G.: «Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità», *CI*, 2009, núm. 3, pp. 649-678.

Artículo sobre el resarcimiento del daño no patrimonial: el daño no patrimonial por vulneración del contrato desde una perspectiva tradicional, una nueva visión entre dogmas antiguos y exigencias equitativas: el problema del concurso y/o acumulación de la responsabilidad contractual y aquiliana, el estudio concreto del daño por vacaciones frustradas, daño no patrimonial y violación de las obligaciones legales: las hipótesis de obligaciones alimenticias y de mantenimiento. (*Alma R. G.*)

CORDIANO, A.: «Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 411-428.

Artículo sobre el proyecto de ley italiano relativo al testamento biológico: posible conflicto del mismo con el principio de autodeterminación del paciente. (*Alma R. G.*)

COCUCCIO, M. F.: «La responsabilità dell'albergatore e il parametro del prezzo di locazione dell'alloggio per giornata – nota a Cass. 5 dicembre 2008 n. 28812», *GC*, 2009, núm. 7-8, pp. 1644-1650. (*M. R. D. R.*)

CONSOLO, C.: «L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana», *RTDPC*, 2009, núm. 3, pp. 905-939.

Análisis de los efectos de la *exceptio compromissi*, derivada del proceso de arbitraje, ante los tribunales italianos y los problemas de reconocimiento de laudos extranjeros. (*M. R. D. R.*)

COVUCCI, D.: «Il danno non patrimoniale da immissioni intollerabili dopo le sez. un. 2008: alla ricerca del diritto inviolabile risarcibile», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 899-905.

Comentario a dos resoluciones judiciales acerca del daño no patrimonial por inmisiones que superan el límite de la tolerabilidad. El derecho a la salud y el daño biológico. (*Alma R. G.*)

CUGNO, V.: «Se la compagnia assicuratrice della r.c. debba pagare anche quando l'avvocato confessa la propria responsabilità professionale verso il cliente», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 975-981.

Comentario jurisprudencial sobre la inexistencia o no de obligación de pago por parte de la compañía aseguradora de un abogado en caso de que este último admita su propia responsabilidad frente al cliente. (*Alma R. G.*)

DALLEMAGNE, A. S.: «La force contraignante de la clause de réserve de propriété», *SJ*, núm. 51, 2009, pp. 29-31.

La acción del vendedor de un bien, vendido con cláusula de reserva de dominio, es para el sub-adquirente una acción de pago. Esta acción se analizará como una acción personal y no como una acción real. (*R. A. R.*)

DALIA, C.: «I requisiti della trattativa individuale nei contratti del consumatore – nota a Cass., ord. 26 settembre 2008 n. 24262», *GC*, 2009, núm. 4-5, pp. 988-994. (*M. R. D. R.*)

DEAKIN, S./RANDALL, J.: «Rethinking the Economic Torts», *MLR*, 2009, vol. 72, núm. 4, pp. 519-553.

Como es sabido, el Derecho inglés de la responsabilidad civil se estructura a partir de la existencia de diversos supuestos que dan lugar al derecho a recibir una indemnización, los llamados *torts*. Dentro de ellos, los llamados *economic torts* tienen como función específica la protección de intereses de carácter patrimonial. Modernamente, la doctrina ha formulado diversos intentos de síntesis sobre el concepto de estos *torts*, intentos que básicamente conectan dichos *torts* con principios de más amplio alcance dentro del Derecho de obligaciones. Sin embargo, el presente artículo considera que tales conceptualizaciones están condenadas al fracaso. A partir de la sentencia de la *House of Lords* en el caso *OBG Ltd. v. Allan* [2007] UKHL 21, los autores sugieren que esos *torts* sólo pueden entenderse de modo adecuado si se tiene en cuenta la función que cumplen en el proceso competitivo. Conforme a esta concepción restrictiva y funcional, se destaca el hecho de que esos *torts* sirven para proteger intereses económicos, además de poder entender mejor el tipo de interferencias que dan lugar a responsabilidad y la naturaleza de las causas de exoneración aplicables en estos casos. (*A. R. G.*)

DE FRANCESCHI, A.: «La sostituzione del bene “non conforme” al contratto di vendita», *RDC*, 2009, núm. 5, parte seconda, pp. 559-596.

Comentario de la sentencia del Tribunal Europeo, CE, 17 abril 2008, C-404/06, sobre los problemas de la sustitución de bienes defectuosos, como forma de cumplimiento en el contrato de compraventa. (*M. R. D. R.*)

DE LESCURE, P.: «La responsabilité contractuelle de droit común des constructeurs en cas de dommage à l'ouvrage depuis la loi du 17 juin 2008», *RDI*, 2009, núm. 9, pp. 458-461.

Aplicación de la responsabilidad civil del constructor por daños en la obra. Complejidad y sus posibles reformas. Simplificación del plazo de prescripción a través de la jurisprudencia y la nueva Ley de 17 de junio de 2008. (*R. A. R.*)

DE MATTEIS, R.: «La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de *iure condendo*», *CI*, 2009, núm. 3, pp. 541-551.

Artículo sobre la responsabilidad civil sanitaria, tanto del personal como de las instituciones médicas. (*Alma R. G.*)

DE PAOLA, F.: «Una nuova e atipica figura di comodato – nota a Cass. 12 marzo 2008 n. 6678», *GC*, 2009, núm. 6, pp. 1402-1405. (*M. R. D. R.*)

DELLE MONACHE, S.: «Alla ricerca del danno esistenziale», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 315-318.

Artículo sobre el daño no patrimonial en la reciente evolución de la jurisprudencia italiana. El problema de la tipicidad del ilícito en materia de daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

DE POLI, M.: «Credito al consumo e collegamento negoziale: qualche luce, molte ombre», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 1094-1099.

Comentario a sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea sobre crédito al consumo en cuanto operación económica unitaria y con plu-

ralidad de contratos: relevancia que puede tener la existencia del contrato de crédito y el contrato de compra del bien o servicio como contratos conexos. (*Alma R. G.*)

DESCHHEEMAÏKER, E.: «Protecting Reputation: Defamation and Negligence», *Oxford J. Legal Stud.*, 2009, vol 29, núm. 4, pp. 603-641.

Como es sabido, el derecho inglés ha protegido tradicionalmente el honor (*reputation*) mediante el específico *tort* de *defamation*. Cuando el *tort of negligence* empezó a desarrollarse jurisprudencialmente, cubriendo la mayor parte de intereses jurídicos protegidos respetó, en cambio, el campo de actuación del *tort of defamation*. El artículo constata cómo, en la actualidad, este último *tort* sigue sometido a la tendencia expansiva del *tort of negligence*, en especial con respecto al criterio de imputación subjetiva, que progresivamente se va acercando a la culpa. La opinión del autor del trabajo es que no debería frenarse el acercamiento entre ambos *torts*. En primer lugar, porque no existe razón que justifique tratar de forma distinta el derecho al honor que otros intereses jurídicos. En segundo lugar, porque la culpa parece ser el criterio de imputación subjetiva más adecuado en los supuestos de responsabilidad basada en el *tort of defamation*. (*J. S. F.*)

DESSUET, P.: «L'arrêté du 19 novembre 2009: de nouvelles clauses types en matière d'assurance-construction obligatoire», *RDI*, 2010, núm. 2, pp. 72-84.

Estudio de las nuevas cláusulas tipo en las pólizas de seguro de responsabilidad civil decenal colectiva, permitiendo un nuevo techo. Estudio de la sentencia de 19 de noviembre de 2009. (*I. S. P.*)

DI MARTINO, G.: «Ritardato pagamento di una somma di denaro e superamento delle categorie creditorie: una funzione sostanziale punitiva del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c? – nota a Cass., sez. un., 16 luglio 2008 n. 19499», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 1937-1948. (*M. R. D. R.*)

DISSAUX, N.: «Précisions sur les conditions de la responsabilité d'un tiers pour violation d'un contrat», *SJ*, núm. 41, 2009, pp. 25-27

Estudia la responsabilidad del tercero en la violación de un contrato de franquicia a raíz de una sentencia de la Corte de casación comercial de 9 de junio de 2009. (*I. S. P.*)

DOUGLAS, S.: «The Nature of Conversion», *C.L.J.*, 2009, vol. 68, núm. 1, pp. 198-223.

Estudio histórico y conceptual del *tort* de *conversion*. El autor subraya que se trata de un *tort* sobre el cual existen todavía numerosos interrogantes y dudas, que dificultan no sólo su comprensión en el plano teórico o de los conceptos, sino también la labor de los abogados a la hora de asesorar a sus clientes, en especial en lo que se refiere al carácter objetivo de la responsabilidad derivada de dicho *tort* y a su aparente indiferencia en relación con el nexo causal como presupuesto de la responsabilidad, entre otros. Douglas busca las razones de esa falta de claridad en el origen del *tort* en cuestión, allá en el siglo XV. En aquellos tiempos, su función consistía en proteger al titular de un bien mueble frente a quien le privase de él. Sin embargo, también fue usado por las partes como un instrumento que les permitía eludir algunas rigideces del sistema jurídico de *writs* propio de aquella época, lo

que a la larga repercutió en su relativa expansión. El análisis histórico lleva al autor a destacar el papel primigenio de ese *tort* como mecanismo de reacción del propietario que se ve excluido de sus bienes por parte de otro, lo que permite dejar a un lado lo que considera factores de distracción, como son las consideraciones sobre si el demandado hizo o no uso del bien en cuestión o si pretende tener sobre él un derecho de propiedad. (A. R. G.)

DUPONT, N.: «Le juge, le contrat et l'enrichissement sans cause», *SJ*, núm. 51, 2009, pp. 16-19.

Reconocimiento en la jurisprudencia del enriquecimiento sin causa y los principios regularmente firmados por la corte de casación. (I. S. P.)

FABIANI, M.: «La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par conditio creditorum», *RDC*, 2009, núm. 6, parte seconda, pp. 711-735.

Revisión de los criterios de prelación de créditos ante las nuevas situaciones provocadas por la crisis económica y el replanteamiento del principio de la «par conditio creditorum» en los procesos concursales. (M. R. D. R.)

FAVILLI, C.: «Contaminazione con uranio impoverito e quantificazione del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 699-706.

Comentario a sentencia sobre los problemas derivados de la valoración del daño no patrimonial en el ilícito consistente en contaminación tóxica. (Alma R. G.)

FEDERICI, I.: «Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle sezioni unite)», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 417-443.

En las sentencias de 19 de diciembre de 2007 núms. 26724 y 26725, la Corte di Cassazione, en Sezione Unita, se ha pronunciado sobre las consecuencias de la violación de las obligaciones de información por parte del intermediario financiero. En concreto, el Alto tribunal italiano afirma que dicha violación no influye en la validez del contrato pero que ello no es óbice para poder interponer una acción por responsabilidad precontractual.

El autor aplaude estas decisiones que, a su juicio, refuerzan la importante idea de que un contrato válido pueda, al mismo tiempo, no ser justo. (B. F. G.)

FIMIANI, P.: «Il vincolo di destinazione a parcheggio tra condizioni oggettive e legittimazione ad agire per il suo accertamento – osservazione a Cass., sez. un., 11 febbraio 2009 n. 3393», *GC*, 2009, núm. 6, pp.1286-1287. (M. R. D. R.)

FLECK, W.: «Begriff und Funktion der "Billigkeit" bei § 284 BGB», *JZ*, 2009, núm. 21, pp. 1045-1053.

Análisis de la «equidad» del § 284 BGB desde el punto de vista dogmático y práctico. (B. F. G.)

FLEURIOT, D.: «Le système de l'article 1244-1 est fait pour les gens "riches", simplement gênés momentanément», *GP*, 2010, núm. 34-35, pp. 9-10.

Insuficiencia del plazo de pago en los momentos actuales de crisis económica. Necesidad de un cambio por las necesidades del momento. (R. A. R.)

FORNACIARI, M.: «La responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.)», *GC*, 2009, núm. 7-8, pp. 297-311.

Análisis de la responsabilidad contractual en el contrato de depósito, con revisión de los criterios de imputación objetiva y por culpa. (*M. R. D. R.*)

FÖTSCHL, A.: «Financial Leasing unter der UNIDROIT-Convention on International Financial Leasing und dem Draft Common Frame of Reference: Eine vergleichende Analyse», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 659-673.

Examen comparativo entre las disposiciones acerca de los contratos de arrendamiento financiero en el Proyecto de Marco Común de Referencia y la Convenio UNIDROIT sobre *Leasing* Internacional, que está en vigor en muchos Estados de la Unión Europea. (*M. G.-R.*)

FOURGOUX, J. L.: «L'agent immobilier, la publicité et le consommateur», *GP*, 2009, núm. 282-283, pp. 16-19.

Análisis de las normas protectoras del consumidor de la Ley Hoguet de 2 de enero de 1970. Estudio de la figura del agente y el campo de aplicación de la norma según la jurisprudencia. (*I. S. P.*)

FRANZONI, M.: «Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?», *CI*, 2009, núm. 2, pp. 273-276.

La responsabilidad médica y el conflicto entre el derecho a la salud y el derecho de autodeterminación del paciente: problema de la solicitud por el paciente de la interrupción de todo tratamiento sanitario. El paciente incapaz y el testamento biológico. (*Alma R. G.*)

FRATA, L.: «La responsabilità per attività pericolosa del gestore di ippodromo e degli organizzatori di attività agonistiche: due recenti pronunce della Cassazione», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 771-775.

Comentario jurisprudencial acerca de la noción de actividad peligrosa, con particular referencia a la responsabilidad civil por los daños causados por la organización y gestión de actividades hípcas. (*Alma R. G.*)

FREND, D. M.: «La pubblica amministrazione e la responsabilità per il danno da cose in custodia», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 1027-1036.

Comentario a sentencia acerca de la responsabilidad de la administración pública por la custodia de los bienes de dominio público. (*Alma R. G.*)

GABRIELLI, E.: «L'operazione economica nella teoria del contratto», *RTDPC*, 2009, núm. 3, pp. 905-939.

Reflexiones ante la «crisis de la teoría del contrato», y la posible superación de la teoría de la causa como función económico-social y su sustitución por la teoría de la operación económica como unidad formal en el marco de la autonomía privada. (*M. R. D. R.*)

GALGANO, F.: «Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 883-894.

Artículo sobre el resarcimiento del daño no patrimonial en el Derecho Comunitario. (*Alma R. G.*)

— «Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino», *CI*, 2009, núm. 3, pp. 537-540.

El derecho del nacido con taras al resarcimiento del daño en un caso de suministro a la madre de medicinas dirigidas a favorecer el embarazo, pero susceptibles de ocasionar al feto graves malformaciones. (*Alma R. G.*)

GALLETTO, T.: «L'azione di (seconda) classe. (Considerazioni sul novellato art. 140 bis del Codice del Consumo)», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 539-548.

Los cambios experimentados por la acción colectiva resarcitoria en materia del Derecho del Consumo. (*Alma R. G.*)

GARATTI, F.: «La riparazione del danno non patrimoniale nelle ipotesi di rovina di edificio», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 757-764.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de los agentes de la edificación, en especial, en la hipótesis de ruina del edificio. (*Alma R. G.*)

GNANI, A.: «Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi», *RDC*, 2009, núm. 4, parte seconda, pp. 435-474.

Análisis del principio de la buena fe en el ámbito de los contratos de servicios y gestión de inversiones, tanto desde el momento de la negociación en los tratos preliminares, como en el ámbito de los vicios del consentimiento y los efectos contractuales *ex post*. (*M. R. D. R.*)

GRANDI, M.: «Usura e rimedi civilistici», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 991-997.

Comentario jurisprudencial relativo al contrato celebrado con usura y los remedios civiles existentes para este caso. (*Alma R. G.*)

GROSSER, P.: «Les recours des tiers payeurs à l'épreuve du droit de préférence de la victime», *SJ*, núm. 46, 2009, pp. 33-36.

En el caso de una limitación al derecho a indemnización de la víctima su derecho es preferente en caso de daños corporales. (*R. A. R.*)

HEUGAS-DARRASPEN, H.: «Le prêt "pass-foncier", vecteur principal de l'accession sociale à la propriété dans le neuf?», *RDI*, 2009, núm. 7-8, pp. 384-401.

El derecho de financiación preferente para acceder a la propiedad de una vivienda de protección social. Refuerzo del sistema de acceso social a la propiedad. (*R. A. R.*)

HINFRAY, A./GRABETTE, F.: «Memorandum sur la révision du loyer en application de l'article L145-39 du Code de Commerce», *GP*, 2009, núm. 261-262, pp. 6-11.

El nuevo mecanismo de revisión de la renta del arrendamiento de local por razones de orden público. Estipulación de cláusulas de escala móvil y sus consecuencias. Prácticas de fijación de la renta. (*R. A. R.*)

HOCQUET-BERG, S.: «Affaire du «Distilbène»: une importante avancée en matière d'indemnisation des victimes», *SJ*, núm. 44, 2009, pp. 18-21.

La relación de causalidad supone a la vez la demostración del rol causal del hecho generador del daño y la imputación del hecho lesivo al responsable. (R. A. R.)

HÖPFNER, C.: «Nutzungsersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag», *NJW*, 2010, núm. 3, pp. 127-130.

Comentario a la sentencia del BGH de 26 de noviembre de 2008 sobre resolución del contrato de compraventa por el consumidor y el derecho del vendedor a obtener compensación por el valor del aprovechamiento del bien durante el tiempo que precedió a la restitución del mismo. (B. F. G.)

KLEINHENZ, H. M./JUNK, O.: «Die Haftung des Verkäufers für Falschangaben beim Unternehmenskauf», *JuS*, 2009, núm. 9, pp. 787-792

El artículo se ocupa de la responsabilidad del vendedor por informaciones falsas en la compraventa de empresa. (B. T. G.)

KLESTA DOSI, L.: «Foro del consumatore e relazione di assistenza sanitaria: una soluzione equa nonostante tutto», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 1077-1082.

Comentario jurisprudencial concerniente a la relación jurídica que se entabla entre paciente e institución sanitaria: naturaleza, objeto y disciplina aplicable. (Alma R. G.)

VAN KOGELBERG, M.: «Article III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement – Albeit Imperfect – Compared with Article 9:102 PECL», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 599-617.

El Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) contiene una disposición relativa al derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no monetarias (art. III.3:302 DCFR). Esta regla es sucesora del artículo 9:102 de los Principios de Derecho Privado Europeo (PECL), pero bastante diferente, en la medida en que prevé la ejecución específica. El autor se centra en examinar si la disposición del DCFR es una mejora respecto de los PECL, y si resuelve las críticas que se habían vertido sobre éste. (M. G.-R.)

KOHL, B.: «European Construction Law and the Draft Common Frame of Reference: Selected Topics», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 675-702.

Examen comparativo entre las reglas del Proyecto de Marco Común de Referencia sobre el contrato de construcción de edificios u otros inmuebles y las del Derecho belga. Además, se analiza si tiene sentido que haya unas normas comunes europeas sobre tal contrato. (M. G.-R.)

KORTMANN, J.: «The Tort Law Industry», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 789-811.

El artículo considera que la responsabilidad extracontractual se está convirtiendo en un «gran negocio», incluso para los empresarios. El autor señala que conceptos como «daños punitivos» o «acción colectiva» estaban ya presentes en el Derecho holandés hasta el ascenso de la escuela del Derecho Natural, a partir del siglo XVII. No obstante, considera que volver a esas ideas, ahora tan en boga por influencia anglosajona, pueden ser más bien un paso atrás en la responsabilidad civil. (M. G.-R.)

LABARTHE, F.: «L'absence de délai ne change en rien les droits des bénéficiaires d'une promesse de vente au regard de la force de la rétractation», *SJ*, núm. 37, 2009, pp. 23-25.

El autor de una promesa unilateral de venta consentida puede retratarse sin poner en peligro el beneficio del aceptante o de negar la promesa. (R. A. R.)

LACHIÈZE, Ch.: «Allègement de la responsabilité des agents de voyages. À propos de la loi du 22 juillet 2009», *SJ*, núm. 41, 2009, pp. 9-10.

Destaca que la responsabilidad de pleno derecho prevista en el Código de turismo para los paquetes turísticos es limitada, para los contratos concertados a distancia es eliminada, hay por tanto que clasificar el régimen de responsabilidad de los agentes de viajes previsto en esta ley. (I. S. P.)

LANDO, O.: «Foreseeability and Remoteness of Damages in Contract in the DCFR», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 619-639.

El trabajo de este ilustre jurista se refiere a las reglas del Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) sobre previsibilidad de los daños en los contratos entre comerciantes. Se examinan los daños que pueden ser indemnizados en atención a su lejanía, la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, y en qué medida la culpa puede ser relevante en estos casos. (M. G.-R.)

LANGHEID, T./MÜLLER-FRANK, C.: «Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht», *NJW*, 2010, núm. 6, pp. 344-349.

Análisis de la jurisprudencia sobre el Derecho de Seguros del año 2009. (B. F. G.)

LEE, P-W.: «Inducing Breach of Contract, Conversion and Contract as Property», *Oxford J. Legal Stud.*, 2009, vol. 29, núm. 3, pp. 511-533.

El artículo analiza las fronteras entre el derecho contractual y el derecho de la responsabilidad civil, en relación con los concretos *torts* de inducción para incumplir un contrato (un tercero induce al deudor a incumplir el contrato que le vincula con el acreedor) y de conversión (negociar de forma ilícita con los bienes de una persona, privándola de su uso o posesión). El análisis toma como punto de partida el hecho de que todo contrato tiene como objeto una serie diversa de intereses jurídicos, cuya tutela puede obtenerse también por el derecho de la responsabilidad civil, mediante las diversas categorías de *torts*. La conexión entre el contrato y la responsabilidad civil se pone de manifiesto al constatar cómo los intereses que se ventilan en el marco de un contrato tienen naturaleza patrimonial y que, por consiguiente, tanto el derecho de los contratos como el de la responsabilidad civil tienen como fin la tutela del patrimonio. (J. S. F.)

LEGUAY, G.: «Assurance-construction: système français et droit européen», *RDI*, 2009, núm. 7-8, pp. 412-419.

Análisis del sistema francés de seguros en la construcción. Ventajas e inconvenientes. Necesidad de acciones para mantener el régimen de responsabilidad a todo el que participa en la obra. Comparación con el Derecho europeo. (I. S. P.)

LEHMANN, M.: «Die Zukunft der culpa in contrahendo im europäischen Privatrecht», *ZEuP*, núm. 4, 2009, pp. 693-715.

El autor trata de justificar la categoría de la *culpa in contrahendo* como útil, no sólo para el Derecho alemán –por sus problemas específicos–, sino también para todo el Derecho europeo, a pesar de la oposición de buena parte de la doctrina continental. (*M. G.-R.*)

LESCURE, P. DE: «Réception de travaux et achèvement de l'ouvrage», *RDI*, 2009, núm. 11, pp. 578-589.

No todo fin de la obra implica recepción de esta. Si bien el fin de la obra traerá como consecuencia la recepción no implica aceptación del trabajo ni falta de vicios. Necesidad de estar a las estipulaciones contractuales. (*I. S. P.*)

LOSCHELDER, M.: «Die Dauerleihgabe», *NJW*, 2010, núm. 11, pp. 705-709.

Análisis de los contratos por los que un coleccionista de arte presta a un Museo parte de su colección. En concreto, el autor se centra en la duración del préstamo. (*B. F. G.*)

MACCHIAVELLO, E.: «La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari tra passato, presente e futuro», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 911-942.

La responsabilidad civil de los intermediarios financieros por las informaciones falsas o inexactas. (*Alma R. G.*)

MACDONALD, R. A.: «Transnational Secured Transactions Reform: Book IX of the Draft Common Frame of Reference in Perspective», *ZEuP*, núm. 4, 2009, pp. 745-782.

El artículo estudia el libro IX del Proyecto de Marco Común de Referencia, dedicado a las garantías reales sobre bienes muebles, y lo compara con los regímenes de distintos países (Quebec, países del *Common Law* –como el resto de Canadá o Nueva Zelanda– y Ucrania). Uno de los aspectos más relevantes del trabajo es el escepticismo del autor sobre la bondad de las prioridades crediticias de los bancos en casos de insolvencia, pues –según él– no se ha demostrado que estos privilegios favorezcan realmente un flujo crediticio más ágil. (*M. G.-R.*)

MAGANZANI, L.: «Rivendica e regolamento di confini», *RDC*, 2009, núm. 4, parte seconda, pp. 475-493.

Reflexión histórico-comparativa sobre los criterios de responsabilidad civil contractual, especialmente en el contrato de depósito gratuito. El papel del Derecho romano en la interpretación y aplicación del Derecho actual. (*M. R. D. R.*)

MAK, Ch.: «The Constitutional Momentum of European Contract Law On the Interpretation of the DCFR in Light of Fundamental Rights», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 513-529.

La autora estudia el Proyecto de Marco Común de Referencia y en qué medida refleja los valores fundamentales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, establecidos tanto en sus constituciones nacionales como en los tratados internacionales. Se presta atención a tres aspectos fundamentales: la interpretación de las cláusulas contractuales, el principio de no discriminación en los contratos, y la validez de éstos. (*M. G.-R.*)

MARÍN, M. J.: «L'azione diretta del consumatore contro il produttore nel diritto spagnolo per il difetto di conformità del bene venduto», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 429-439.

Artículo sobre la compraventa de bienes de consumo en el ordenamiento jurídico español. En concreto, estudio de diversos aspectos sobre el régimen jurídico de la responsabilidad del productor: la responsabilidad directa del productor, concepto de productor, presupuestos para el ejercicio de la acción directa y los remedios del consumidor frente al productor. (*Alma R. G.*)

MARINO, L.: «Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire», *SJ*, núm. 39, 2009, pp. 31-34.

Sobre la aplicación del artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, para conocer el índice de reproducción parcial de una obra a través de la memoria informática. (*I. S. P.*)

MARTENS, S. A. E.: «Schadenersatz für entgangene Theaterfreuden?», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 445-465.

El trabajo toma como punto de partida un conocido caso típico de los manuales alemanes de obligaciones: «A» es herido por «B» de modo antijurídico y culpable, con lo que el primero no puede asistir a una representación teatral, para la cual había comprado ya el correspondiente boleto. ¿Puede pedir «A» indemnización por el daño sufrido? La doctrina está de acuerdo en que, desde luego, puede pedir el precio del billete de entrada, pero no está nada claro si puede pedir una indemnización por la pérdida del disfrute de la obra de teatro. La razón de problemas como éste se encuentra en el especial sistema alemán, no sólo de responsabilidad extracontractual, sino también contractual. El § 253 BGB, en sede de teoría general de obligaciones, establece que «Sólo se puede pedir indemnización monetaria por un daño que no es patrimonial en los casos en que la ley lo establece». (*M. G.-R.*)

MASONI, R.: «Prime considerazioni sul progetto di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento approvato dal Senato il 26 marzo 2009», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1520-1524.

Artículo sobre si la propuesta de ley italiana, relativa al consentimiento informado del acto médico y a las declaraciones del paciente previas al tratamiento sanitario, limita el derecho de autodeterminación del paciente. (*Alma R. G.*)

MAZZAMUTO, S.: «Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale», *CI*, 2009, núm. 3, pp. 589-626.

Artículo jurisprudencial sobre el problema del resarcimiento del daño no patrimonial: el rechazo del daño existencial como categoría autónoma del daño. La ambigüedad de las voces que abarca el daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

MIKELSEN, A. B./LILLEHOLT, K.: «The DCFR Rules on Unexpected Difficulties in Performance», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 573-580.

Los autores estudian el problema de las circunstancias sobrevenidas que dificultan el cumplimiento del contrato, criticando de paso la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. (*M. G.-R.*)

MONTERAN, T.: «La première réforme de la loi de sauvegarde des entreprises “sauvegarde” le bail commercial», *GP*, 2009, núm. 207-208, pp. 3-6.

Problema de la opción en los arrendamientos de locales como medio de continuación del contrato. Cambios tras la ley de salvaguarda de la empresa de 26 de julio de 2005. Los nuevos artículos L 622-13 y 622-14 del Código de comercio. (*I. S. P.*)

MONTESARCHIO, L.: «Non si configura il *mobbing* se il clima di conflitto sul posto di lavoro è causato dai problemi caratteriali del dipendente», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 1117-1123.

Comentario jurisprudencial sobre elementos constitutivos, hipótesis y carga probatoria del *mobbing*: no existe tal figura cuando el clima de tensión y de conflicto en el lugar de trabajo es imputable al carácter brusco y a los problemas de relación del dependiente. (*Alma R. G.*)

MORRIS, P. E.: «Contractual Limitations on the Auditor’s Liability: An Uneasy Combination of Law and Accounting», *MLR*, 2009, vol. 72, núm. 4, pp. 607-627.

Comentario muy crítico de las reformas introducidas para limitar la responsabilidad civil de los auditores. Las nuevas medidas, en vigor desde abril de 2008, permiten la inclusión en el contrato de auditoría de cláusulas de limitación de la responsabilidad por negligencia, aunque su eficacia depende de su aceptación por la Junta General de accionistas. El autor considera que la estrategia del sector, centrada en conseguir limitar la responsabilidad del auditor, es errónea y que acabará comprometiendo la calidad de la auditoría y erosionando el prestigio de la profesión. Apunta que se han exagerado los riesgos que afrontan las sociedades de auditoría, incluidas las cuatro grandes, y advierte que las autoridades bursátiles estadounidenses ya han señalado que no aceptarán las limitaciones contractuales de responsabilidad en las auditorías de sociedades que cotizen en sus mercados de valores. (*J. R. I.*)

NARDELLA, M.: «Responsabilità dello spedizioniere per l’inadempimento del sostituto», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 824-828.

Comentario jurisprudencial sobre responsabilidad por la pérdida y deterioro de las mercancías en el transporte internacional. (*Alma R. G.*)

NAUDIN, E.: «La sanction de l’autonomie bancaire des époux», *SJ*, núm. 43, 2009, pp. 18-20.

Estudia la autonomía bancaria a la luz de los artículos 221 del Código civil y el 1987 del mismo texto. (*R. A. R.*)

NOBLOT, C.: «Plaidoyer pour l’application de l’article 2226 du code civil à la réparation du dommage corporel imputable à un constructeur», *RDI*, 2009, núm. 9, pp. 462-464.

El plazo de prescripción de la acción de reparación ante la omisión del constructor en la ley 2008-561 de 17 de junio. Aplicación del artículo 2226 CC. Argumentos a favor. (*I. S. P.*)

PAISANT, G.: «Le vendeur à distance ne peut, en principe, réclamer aucune indemnité pour utilisation du bien livré en cas de rétractation du consommateur dans les délais», *SJ*, núm. 47, 2009, pp. 25-29.

Interpretación de la directiva de la Comunidad Europea de 20 de mayo de 1997 sobre los contratos a distancia. (*I. S. P.*)

PALAO MORENO, G.: «Book VI of the DCFR (Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another) and European Private International Law», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 703-710.

El artículo estudia la relación entre las reglas modelo del libro VI del Proyecto de Marco Común de Referencia, referidas a la responsabilidad extracontractual, y el reciente Reglamento comunitario sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales («Roma II»). (*M. G. R.*)

PARDI, G.: «Revocatoria ordinaria e tutela del credito – nota a Cass. 7 ottobre 2008 n. 24757», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 1913-1921. (*M. R. D. R.*)

PARISI, F./CENINI, M.: «Allocazione del rischio tra clausole penali e autonomia contrattuale», *RDC*, 2009, núm. 3, parte seconda, pp. 309-325.

Reflexiones acerca de las posibilidades de negociación del grado y contenido de responsabilidad contractual, según las diferentes categorías y mayor o menor grado del riesgo en los contratos crediticios. Límites a la autonomía de la voluntad en la elección de las reglas y criterios de responsabilidad contractual. (*M. R. D. R.*)

PERFETTI, U.: «La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo», *RDC*, 2009, núm. 6, parte seconda, pp. 669-687.

Análisis de la justicia contractual o equilibrio de prestaciones, como posible factor de validez o nulidad del contrato, en el nuevo Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo (art. 7:207), en aras de una inminente armonización del Derecho contractual europeo: acción de rescisión por lesión, posibilidad de modificar el contenido del contrato para lograr el equilibrio de prestaciones, intervención judicial para restablecer la equidad, indemnización del daño, etc. (*M. R. D. R.*)

PERLINGIERI, P.: «L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 520-529.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 11 de noviembre de 2008 (núm. 26972), comentada en este mismo número por Tescione.

El autor comparte la tesis de la sentencia pero no su fundamentación jurídica. En concreto, el Alto Tribunal recupera la unidad del daño no patrimonial al que se refiere como categoría general no susceptible de ulteriores divisiones (como, a título de ejemplo, la subcategoría de «daño existencial»). Para el autor el fundamento de esta tesis se sitúa en la noción constitucional de la persona como valor primario. El tribunal, sin embargo, argumenta su decisión en que la aceptación de subcategorías del daño no patrimonial implicaría llevar al daño no patrimonial a la atipicidad, contrariamente a lo que dispone el artículo 2059 CC italiano. (*B. F. G.*)

PERREAU-SAUSSINE, L.: «Le règlement "Rome I" et la protection de l'accession au logement: l'impérativité désactivée de la loi française?», *RDI*, 2009, núm. 10, pp. 512-520.

Innovaciones a la construcción y al acceso a la propiedad mediante el Reglamento CE 593/2008 del Parlamento y Consejo europeos, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. (*R. A. R.*)

PERRIER, J. B.: «Le secret professionnel de l'avocat et la transposition de la troisième directive anti-blanchiment», *GP*, 2009, núm. 266-267, pp. 2-8.

Trasposición al Derecho francés de la Directiva de 26 de octubre de 2005 mediante la Ordenanza de 30 de enero de 2009 para evitar el blanqueo de dinero. Obligación del abogado de declarar. Conflictos con el secreto profesional y su resolución. (*R. A. R.*)

PIEDELÈVRE, S.: «L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services et de paiement. 1ère et 2ème parties», *GP*, 2009, núm. 249-251 y 252-253, pp. 5-14 y 6-17.

Estudio de la Ordenanza de 15 de julio de 2009 que traspone la Directiva 2007/64/CE del Parlamento y Consejo europeos, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. La protección del consumidor ante el cheque como principal medio de pago. Innovaciones en las cuentas bancarias; operaciones de pago y servicios bancarios. (*I. S. P.*)

PILLET, G.: «Les conditions de la prédétermination du prix dans le pacte de préférence», *SJ*, núm. 48, 2009, pp. 16-19.

El pacto de preferencia no señala habitualmente el precio al que el bien será eventualmente vendido, ya que la venta se realizará al precio de mercado. (*R. A. R.*)

PLAGEMANN, H./RADTKE-SCHWENZER, K.: «Aktuelle Entwicklungen im Recht der Gesetzlichen Unfallversicherung», *NJW*, 2010, núm. 4, pp. 201-208.

Evoluciones recientes del Derecho de seguros de accidentes, desde mediados de 2008 hasta octubre de 2009. (*B. F. G.*)

PORCHERON, S.: «Du nouveau dans la responsabilité de l'agence de voyages?», *GP*, 2009, núm. 177-178, pp. 13-17.

Estudio sobre el nuevo proyecto de ley de modernización de los servicios turísticos. La responsabilidad del agente de viajes y las víctimas según se beneficien directamente del viaje o no. (*I. S. P.*)

PULIATTI, D.: «Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento dei danni», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 869-876.

Comentario jurisprudencial sobre la posibilidad de que la abusiva concesión de crédito sea también fuente de un daño resarcible para el sujeto financiado. (*Alma R. G.*)

QUADRI, G.: «Gli usi nella disciplina del contratto: spunti per una ricostruzione unitaria», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 1065-1107.

Artículo sobre la regulación de los usos en el ámbito contractual: requisitos del uso. Distinción entre usos normativos y usos negociales en la doctrina y en la jurisprudencia. Dudas acerca de las diferencias estructurales y funcionales entre las diversas categorías de los usos. Reflexiones sobre una reconstrucción unitaria de los usos en materia contractual. (*Alma R. G.*)

QUADRI, R.: «Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 339-350.

Artículo sobre la responsabilidad civil del Notario en el caso de cláusulas abusivas introducidas en contratos con consumidores. (*Alma R. G.*)

QUINIOU, P.: «Indemnisation des victimes d'accidents corporels», *GP*, 2009, núm. 301-302, pp. 10-15.

La reforma del recurso a organismos sociales en caso de accidentes de circulación mediante el artículo 25 de la Ley 2006-1640 de 21 de diciembre. La indemnización a la víctima y sus problemas doctrinales. La evolución del tema en la jurisprudencia casacional. (*I. S. P.*)

RICCIO, A.: «I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 854-882.

La función de la responsabilidad civil y de la cláusula penal. Crítica a la afirmación de la incompatibilidad entre el orden público interno y los daños punitivos. La nueva apertura del ordenamiento jurídico italiano a los daños punitivos. (*Alma R. G.*)

— «Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?», *CI*, 2009, núm. 2, pp. 277-284.

Artículo acerca de las hipótesis que entran dentro del concepto de daño no patrimonial del artículo 2059 CC italiano: de modo específico, el estudio del daño existencial. (*Alma R. G.*)

— «Consenso informato e dissenso fra diritto penale e diritto civile», *CI*, 2009, núm. 3, pp. 552-579.

Análisis de diversas cuestiones relativas al consentimiento informado del paciente: distinción entre intervención contra la voluntad del paciente e intervención sin el consentimiento del paciente, un nuevo concepto de enfermedad y de dolo a los fines del delito de lesión personal, el consentimiento informado como presupuesto de legitimidad del tratamiento sanitario y de la actividad médico-quirúrgica, autonomía entre el derecho de autodeterminación y el derecho a la salud, el derecho a rechazar el tratamiento curativo y el resarcimiento del daño en la pérdida de oportunidad. (*Alma R. G.*)

RICHTER, K.: «Risikoverteilung in Projektentwicklungsverträgen. Die Mitwirkung durch den Auftraggeber bei der Projektterrichtung», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 466-497.

El artículo se centra, dentro de los llamados contratos de desarrollo de proyectos, en los del ámbito inmobiliario, tomando como punto de partida un contrato entre un Ayuntamiento y una empresa para construir sobre terreno del primero un parque empresarial.

El interés del asunto radica en las distintas circunstancias inesperadas que pueden sobrevenir entre la firma del contrato y su ejecución, poniendo de manifiesto el autor el deber de colaboración del comitente y la importancia del riesgo contractual (algo que parece más eficaz que la estórida distinción entre obligaciones de medio y resultado de nuestra doctrina y jurisprudencia). (*M. G.-R.*)

RITONDALE, P.: «La formazione progressiva del contratto: il complicato *discrimen* tra puntuazione e perfezionamento dell'accordo», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 880-887.

Comentario jurisprudencial sobre el problema que puede suscitarse, en la hipótesis de formación progresiva del contrato, entre lo que es la mera puntualización del contrato (que desde luego no expresa una voluntad de obligarse por las partes) y el verdadero acuerdo que sí da lugar al contrato. (*Alma R. G.*)

ROSELLO, R.: «Il "danno da vacanza rovinata" dopo le Sezioni Unite del 2008 sul nuovo statuto del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 488-502.

El resarcimiento del daño no patrimonial en las hipótesis de incumplimiento contractual y vacaciones frustradas: ¿del daño existencial al daño por el «tiempo libre sacrificado»? (*Alma R. G.*)

ROSSETTI, M.: «Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale – nota a Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972», *GC*, 2009, núm. 4-5, pp. 930-953. (*M. R. D. R.*)

— «Tal fosti, ovvero su taluni equivoci ricorrenti nella liquidazione del danno estetico – nota a Cass. 22 aprile 2009 n. 9549», *GC*, 2009, núm. 6, pp. 1229-1234. (*M. R. D. R.*)

— «La responsabilità dell'assicuratore per il fatto dell'intermediario assicurativo: un problema lontano dall'essere risolto – nota a Cass. 5 marzo 2009 n. 5370», *GC*, 2009, núm. 7-8, pp. 1518-1523. (*M. R. D. R.*)

— «Assicurazione merci e titolarità del diritto all'indennizzo – nota a Cass. 30 gennaio 2008 n. 2094», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 2003-2007. (*M. R. D. R.*)

— «Dissenso all'atto medico e danno risarcibile – nota a Cass. 15 settembre 2008 n. 23676», *GC*, 2009, núm. 11, pp. 2406-2412. (*M. R. D. R.*)

ROTT, P./TERRY, E.: «The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules», *ZEUP*, núm. 3, 2009, pp. 456-488.

La Comisión Europea ha aprobado en octubre de 2008 una Propuesta de Directiva sobre los Derechos de los Consumidores, que pretende afectar, no a todo el acervo comunitario, sino «tan solo» a ocho Directivas anteriores. Se trata de una propuesta de Directiva de máximos, que puede incidir muy profundamente en el mercado interior. Los autores examinan la propuesta, a la vez que critican su pretensión de acercarse a una completa armonización del Derecho de los consumidores de los Estados miembros. (*M. G.-R.*)

ROUVIÈRE, F.: «L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente», *RTDC*, 2009, núm. 4, pp. 617-638.

La restitución de los daños es una cuestión de responsabilidad o del régimen jurídico de la propiedad. Modificación de la evaluación de la restitución y de su fecha según la elección que se siga. (*R. A. R.*)

SALERNO, F./FRANZINA, P./OTROS: «Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)», *NLCC*, 2009, núms. 3-4, pp. 521-954.

Estudio de Derecho Europeo sobre el proceso de unificación de las normas de conflicto nacionales en materia contractual, a propósito del Reglamento CE n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Convención de Roma de 1980. Consideraciones acerca del ámbito de aplicación, normativa aplicable (autonomía de la voluntad, Principios Unidroit, PECL) y especial referencia a los contratos de transporte, con consumidores, de seguros, laborales, cesiones de créditos, subrogaciones, etc. (*M. R. D. R.*)

SALOMONE, D.: «La tutela dei creditori tra realtà e apparenza degli accordi di separazione personale», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 884-907.

El contenido patrimonial de los acuerdos de separación de mutuo acuerdo y el posible fraude a los acreedores. La conservación de la garantía patrimonial. El conocimiento del daño por parte del cónyuge beneficiario a los fines del ejercicio de la acción revocatoria. Fraude de acreedores y simulación del acuerdo entre negociabilidad y homologación. (*Alma R. G.*)

SALVADORI, M. G.: «La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 1001-1006.

Comentario jurisprudencial sobre la admisibilidad del contrato preliminar de otro contrato preliminar. (*Alma R. G.*)

SARGOS, P.: «Les effets indésirables du droit des produits défectueux en matière de dommages causé para des médicaments, et notamment des vaccins», *SJ*, núm. 41, 2009, pp. 13-18.

Estudia las consecuencias de los medicamentos y principalmente de las vacunas defectuosas al hilo de varias sentencias. (*R. A. R.*)

SCALISI, V.: «Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione», *RDC*, 2009, núm. 6, parte prima, pp. 657-682.

Estudio de la responsabilidad civil en todos sus aspectos y con atención a todos sus elementos y requisitos: intereses jurídicamente protegidos, concepto de daño, ilicitud de la acción lesiva, técnicas reparadoras o compensadoras del daño, naturaleza de los intereses dañados. (*M. R. D. R.*)

SCARANTINO, E.: «Responsabilità per danni da cose in custodia e onere della prova – nota a Cass. 25 luglio 2008 n. 20427», *GC*, 2009, núm. 7-8, pp. 1711-1712 (*M. R. D. R.*)

SCHMOLKE, K. U.: «Grundfälle zum Bürgschaftsrecht», *JuS*, 2009, núms. 7, 8 y 9; pp. 585-589, 679-682 y 784-787.

El autor examina los problemas más relevantes que plantea el contrato de fianza en una contribución publicada en tres números consecutivos de la revista. (*B. T. G.*)

SCIUTO, M.: «Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti», *RDC*, 2009, núm. 3, parte prima, pp. 337-370.

Efectos negociales y legales de los acuerdos modificativos de las condiciones crediticias y pago de deudas, especialmente en procedimientos concursales. (*M. R. D. R.*)

SCOGNAMIGLIO, C.: «La responsabilità della p.a. per violazione di obblighi di vigilanza e di informazione sull'attività delle società fiduciarie», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 1164-1170.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad de la Administración pública por el ejercicio de control sobre las entidades bancarias. (*Alma R. G.*)

SIGNAT, C.: «Die Selbstvornahme des Gläubigers und ihre rechtliche Natur – ein deutsch-französischer Vergleich», *ZEuP*, núm. 4, 2009, pp. 716-744.

Tanto el Derecho alemán como el francés prevén que la prestación pueda ser realizada por un tercero. Sin embargo, el Derecho francés, a diferencia del germano, no prevé la realización por el acreedor de la prestación pactada. El § 637 BGB, dentro del contrato de obra, establece que «El comitente puede eliminar por sí mismo un defecto de la obra tras el transcurso sin éxito de un plazo concedido para la reparación, y exigir indemnización de los gastos necesarios, siempre que el contratista se niegue injustificadamente». La autora se centra, pues, en el estudio de la ejecución de la prestación por el propio acreedor y sus consecuencias jurídicas, comparando los ordenamientos antes mencionados. (*M. G.-R.*)

STORME, M. E.: «The Structure of the Law on Multiparty-Situations in the 2009 Draft Common Frame of Reference», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 531-557.

El artículo estudia las reglas del Proyecto de Marco Común de Referencia en supuestos de pluralidad de partes, tales como la representación, estipulación a favor de tercero, cesión de créditos, subrogación personal y otras situaciones que pueden considerarse como de cambio de acreedor. (*M. G.-R.*)

TARDIA, I.: «Funzone confirmatoria della caparra e alternatività recessiva», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 3, pp. 807-833.

Estudio de la función de las arras confirmatorias, reguladas en el artículo 1385 CC italiano. El lector puede encontrar una visión global de las diversas opiniones doctrinales que atribuyen a este tipo de arras desde una función de prueba de la efectiva celebración del contrato principal, hasta un pacto sancionador, pasando por la ejecución anticipada de la prestación, de garantía o de liquidación anticipada del daño.

El autor ofrece su propia opinión, presentando a las arras confirmatorias como un pacto sancionador en sentido lato con una función dualística, alternativamente compulsoria-confirmatoria o recesiva, siendo las partes quienes, mediante el uso de la autonomía de la voluntad, deciden cuál de las dos funciones es la que prevalecerá en el caso concreto. (*B. F. G.*)

TARGA, A.: «La responsabilità del notaio», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 503-508.

La naturaleza contractual de la responsabilidad civil del Notario: las nuevas orientaciones jurisprudenciales en la materia. (*Alma R. G.*)

TAVORMINA, L.: «L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e deterrence», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 972-1021.

La tutela colectiva de los consumidores y la naturaleza jurídica del interés protegido. La tutela de los consumidores y el interés público a la tutela del mercado. La tutela inhibitoria. (*Alma R. G.*)

TERRÉ, F.: «Gli effetti del contratto nel codice europeo dei contratti», *RDC*, 2009, núm. 4, parte prima, pp. 487-493.

Análisis de la ejecución y efectos de los contratos, a la luz del nuevo proyecto de Código Civil Europeo de Contratos: efectos entre las partes, obligacionales y reales, ejecución del contrato y acaecimiento de circunstancias sobrevenidas, cumplimiento e incumplimiento, efectos frente a terceros, etc. El texto se deriva del informe sobre la Convención acerca del Libro Primero del «Código Europeo de Contratos», celebrada en Roma, 19-20 de mayo de 2006. (*M. R. D. R.*)

TESCIONE, F.: «Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 530-537.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 11 de noviembre de 2008 (núm. 26972), comentada en este mismo número por Perlingieri. El autor se centra en el resarcimiento del daño no patrimonial derivado del incumplimiento contractual. (*B. F. G.*)

THOLE, Ch.: «Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 498-542.

Basándose en muy reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (BGH), discute el autor el siguiente caso: el vendedor es llamado por el comprador para que repare un aparente defecto originario de la cosa vendida, y luego resulta que tal defecto no existía; se plantea si el vendedor puede reclamar una indemnización por los gastos de desplazamiento y comprobación del producto vendido: en el caso de la sentencia 23 de enero de 2008, una alarma luminosa vendida y colocada por una empresa de instalaciones eléctricas; el BGH afirma la responsabilidad del comprador, acudiendo al § 280 BGB, que señala que «Si el deudor infringe un deber obligacional, el acreedor puede exigir indemnización de los daños sufridos». Sin embargo, hasta ahora, la opinión de los *Oberlandgerichte* era que no había derecho a la indemnización pues el acreedor tenía derecho a equivocarse, a menos que hubiera reclamado sin base alguna. (*M. G.-R.*)

TROIANO, S.: «To What Extent Can the Notion of “Reasonableness” Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 749-787.

El concepto anglosajón de «razonabilidad» (*reasonableness*) está entrando cada vez más en el territorio del Derecho contractual continental a través de vías muy diversas, como la Convención de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías o las Directivas comunitarias. El autor se pregunta si ello aporta algo nuevo y mejor que nuestras tradicionales expresiones «buena fe», «diligencia» o «equidad». (*M. G.-R.*)

TWIGG-FLESNER, Ch.: «Consumer Goods Guarantees in the DCFR», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 641-657.

El trabajo examina las disposiciones sobre garantías del consumidor en el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR). Se argumenta que, aun-

que muchas normas pueden parecer razonables, no existen razones claras para su adopción. En opinión del autor, no han sido tomadas en cuenta suficientemente los resultados de las investigaciones empíricas sobre las funciones de las garantías del consumidor. (M. G.-R.)

VAQUER, A.: «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 487-512.

La pandectística alemana del siglo XIX siguió la llamada jurisprudencia de conceptos, creando algunos tales como «negocio jurídico», «derecho subjetivo» o «pretensión»; muchos de ellos pasaron a los Códigos y a la doctrina de otros países.

El Proyecto de Marco Común de Referencia incluye un Anexo con un glosario de términos. Con lo que, en el fondo, y según el autor, volvemos a las bases pandectistas, teniendo en cuenta, además, que muchos de tales conceptos son alemanes. El autor se plantea la coherencia de mantener tal elenco de conceptos. (M. G.-R.)

VARUHAS, J. N. E.: «A Tort-Based Approach to Damages under the Human Rights Act 1998», *MLR*, 2009, vol. 72, núm. 5, pp. 750-782.

El artículo 8 de la *Human Rights Act* (1998) inglesa autoriza a los tribunales a indemnizar los daños derivados de la lesión a los derechos contemplados en la Convención Europea de Derechos Humanos. Hasta el momento, la jurisprudencia inglesa se ha limitado a trasladar internamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caracterizada por la falta de una sistemática clara y de una estructura teórica sólida. Frente a ello, el autor plantea la necesidad de sustituir este enfoque por otro, basado en las propias reglas de funcionamiento del sistema de responsabilidad civil inglés. En su opinión, el derecho de la responsabilidad civil del *common law* ofrece un modelo más adecuado para analizar la lesión de los derechos (intereses jurídicos protegidos) contemplados en la *Human Rights Act* e indemnizar los daños que derivan de dicha lesión (J. S. F.)

VINEY, G.: «La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins: les affres de la preuve», *RD*, 2010, núm. 7, pp. 391-396.

El problema de las víctimas de daños en ensayos de medicamentos. Postura jurisprudencial exigiendo la información. Posible responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el proceso. (R. A. R.)

VOIT, W./GECK, G. F.: «Voller Schadenersatz trotz Nutzung der “Abwrackprämie”», *NJW*, 2010, núm. 3, pp. 117-122.

El Estado alemán otorga una «prima» a quien adquiera un nuevo automóvil y se deshaga del antiguo, más contaminante. En caso de que se sufra un accidente de circulación con un automóvil antiguo, que dé derecho a esa prima, ¿puede la víctima cobrarla y añadirla a la indemnización de daños y perjuicios a la que eventualmente tenga derecho? (B. F. G.)

VOYIAKIS, E.: «The Great Illusion: Tort Law and Exposure to Danger to Physical Harm», *MLR*, 2009, vol. 72, núm. 6, pp. 909-935.

En general, se cree que la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Johnston* ha descartado toda indemnización vinculada al mero riesgo de sufrir,

en el futuro, un daño corporal grave. En este artículo se argumenta convincentemente, en cambio, que en realidad esa sentencia no se pronunció sobre los costes en que puede incurrir la víctima para reducir o eliminar aquel perjuicio potencial, así como para asegurarse frente al mismo. El autor concluye por ello que si esos costes son sustanciales deben ser indemnizables. (*J. R. I.*)

DE VRIES, G.: «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil- and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 581-597.

El autor estudia la diferencia entre el Derecho anglosajón y el continental para el caso de incumplimiento del contrato, pues el primero opta, salvo excepción, por una indemnización económica, mientras que el segundo prefiere el llamado cumplimiento en forma específica. A continuación explica cómo estas dos tradiciones han tratado de unificarse en el Proyecto de Marco Común de Referencia, donde, salvo lógicamente para las obligaciones monetarias, se prefiere el cumplimiento *in natura*. (*M. G.-R.*)

VV. AA.: «Réparation du dommage corporel», *GP*, 2009, núm. 191-192.

Crónicas jurisprudenciales sobre la indemnización a las víctimas de daños corporales. (*I. S. P.*)

— «Réparation du dommage corporel», *GP*, 2009, núm. 359-363.

Estudios varios sobre la muerte y su precio en caso de seguros y valores. Los terceros pagadores de dicha indemnización e interpretación de la Ley de 21 de diciembre de 2006 en relación con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. (*I. S. P.*)

— «L'influence de la crise en l'évolution du droit immobilier», *RDI*, 2010, núm. 1, pp. 8-61.

Actas sobre el coloquio que analizó la crisis económica en el derecho inmobiliario. Influencias en el urbanismo, medio ambiente, garantías de los constructores y adquirentes, etc. (*R. A. R.*)

— «Réparation du dommage corporel», *GP*, 2009, núm. 189-190.

Dosiers y jurisprudencia en torno a la indemnización de las víctimas por violencia sexual. (*R. A. R.*)

WEBB, Ch.: «What is Unjust Enrichment», *Oxford J. Legal Stud.*, 2009, vol. 29, núm. 2, pp. 215-243.

Nuevo artículo sobre uno de los temas más discutidos en los últimos años por la doctrina inglesa, desde que el profesor Peter Birks publicó «An Introduction to the Law of Restitution» (Oxford, Clarendon Press, 1989). Charlie Webb constata cómo la posición que defiende que el enriquecimiento injusto justifica todos los supuestos de restitución (*restitutionary liability*) es minoritaria en el Derecho inglés. Frente a ella, la posición dominante asume que existen supuestos en los que existe un deber de restituir sin que su fundamento se halle en la existencia de un enriquecimiento injusto, entendido como pago de lo indebido. A esta línea se suma el autor del trabajo, a partir de un análisis crítico de las categorías propuestas en su momento por el profesor Birks. (*J. S. F.*)

YUEGO, Ch.: «La responsabilité du locataire du fait des personnes de sa maison», *GP*, 2009, núm. 233-237, pp. 2-9.

Análisis del artículo 1735 CC. La posición de la jurisprudencia en el tema: es una responsabilidad objetiva. (*I. S. P.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AMOROSO, D.: «In tema di distinzione fra donazione diretta di danaro e donazione indiretta dell'immobile acquistato dal donatario – osservazione a Cass. 6 novembre 2008 n. 26746», *GC*, 2009, núm. 11, pp. 2386-2388. (*M. R. D. R.*)

BARBIERI, J. J.: «Limites de la revendication du prix de revente d'un bien grevé d'une réserve de propriété», *SJ*, núm. 44, 2009, pp. 29-31.

Estudia el supuesto de reivindicación del precio de un vehículo afectado de una reserva de dominio cuando el vehículo había sido modificado por el vendedor intermedio. (*I. S. P.*)

COSTANZA, M.: «Tutela possessoria del sepolcro – osservazione a Cass. 18 gennaio 2008 n. 1009», *GC*, 2009, núm. 10, pp. 2268 ss. (*M. R. D. R.*)

DE ANGELIS, D.: «Le licenze collettive estese alla condivisione di opere dell'ingegno sulle reti peer-to-peer», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 3, pp. 408-417.

Artículo sobre la naturaleza jurídica de las licencias colectivas extendidas y su actual aplicación en la legislación de algunos países del Norte de Europa, con el fin de demostrar las razones de su utilidad para la gestión de los derechos de disfrute económico de las obras de autor compartidas en las redes *peer-to-peer*. (*Alma R. G.*)

DELLE MONACHE, S.: «La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)», *RDC*, 2009, núm. 5, parte prima, pp. 613-634.

Análisis de la garantía fiduciaria del artículo 2 del *d. legs.* 122/2005, en materia de formación y ejecución del contrato de obra: naturaleza jurídica, efectos de incumplimiento y posibilidad de sanar la nulidad por parte del constructor. (*M. R. D. R.*)

DE PAOLA, F.: «Immissioni rumorose in ambito condominiale – nota a Cass. 26 marzo 2008 n. 7856», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 1996-1999. (*M. R. D. R.*)

DI MICO, P.: «*Social network* e diritto di autore: cronaca di un giudizio annunciato», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 3, pp. 383-407.

Artículo sobre la relación existente entre el derecho de autor y los *social network*, definidos como lugares o comunidades virtuales en las que cualquier participante puede disponer por sí mismo de los instrumentos tanto para acceder a la información como para producirla, llegando a formar parte de un proceso de comunicación que potencialmente congrega millones de personas. (*Alma R. G.*)

DIDONE, A.: «Osservazioni sulla non revocabilità dei pagamenti ex art. 2697 c.c. dei crediti garantiti da pegno –osservazione a Cass. 10 novembre 2008 n. 26898», *GC*, 2009, núm. 4-5, pp. 874-884. (M. R. D. R.)

FIMIANI, P.: «Occupazione appropriativa: la decorrenza del termine dell'azione risarcitoria – osservazione a Cass. 28 maggio 2008 n. 14050», *GC*, 2009, núm. 10, pp. 2217-2218. (M. R. D. R.)

GALLI, C.: «I contratti di edizione musicale», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 3, pp. 457-499.

Nacimiento del contrato de edición musical como contrato autónomo respecto al de edición tradicional. (*Alma R. G.*)

GALLOIS, A.: «Quelle proportionalité pour les sûretés réelles», *RD*, 2010, núm. 6, pp. 335-341.

Estudio sobre determinadas decisiones jurisprudenciales de la Corte de casación y las proposiciones *de lege ferenda* en el problema. Tiempos de constitución y ejecución de la garantía real. (*R. A. R.*)

GINSBURG, J.: «Le difficili giornate dei diritti d'autore sulla rete Internet», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 3, pp. 418-456.

Artículo que analiza las recientes orientaciones jurisprudenciales asumidas por las Cortes federales estadounidenses en materia del derecho de autor en la realidad digital. (*Alma R. G.*)

HÄCKER, B.: «Proprietary Restitution after Impaired Consent Transfers: A Generalised Power Model», *C.L.J.*, 2009, vol. 68, núm. 2, pp. 324-360.

Reflexión sobre el Derecho inglés relativo a la restitución (*restitution*) de la propiedad en los supuestos en los que el contrato celebrado por las partes con el propósito de transmitir la propiedad de un bien mueble sufre un vicio del consentimiento (*impaired consent transfers*). Especialmente, se centra en la cuestión de si la parte que tiene derecho a la restitución puede alegar la existencia de un derecho de propiedad o interés propietario (*proprietary interest*) sobre el bien en cuestión, oponible *erga omnes*. Ese supuesto derecho serviría para conceder prioridad a esa parte frente a los acreedores ordinarios de la contraparte en caso de concurso de esta última. Para la autora, es erróneo suponer que si existió un vicio del consentimiento (por ejemplo un error) debe producirse una reversión automática del bien transmitido sobre la base de la equidad (*equity*). Más bien debe entenderse que la parte afectada por el vicio de que se trate tiene una mera facultad o potestad (*power*) que le permite solicitar que se produzca la referida reversión. La autora defiende que este modelo conceptual, al que llama *power model*, tiene diversas ventajas sobre otros modelos barajados por la doctrina entre ellas la de ser más sensible a distinciones de tipo moral que los otros modelos no permitirían. (*A. R. G.*)

HÅSTAD, T.: «Derivative Acquisition of Ownership of Goods», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 725-741.

Breve estudio sobre la adquisición derivativa de la propiedad de bienes muebles en el Derecho europeo y en el Proyecto de Marco Común de Referencia. (*M. G.-R.*)

HEINZE, Ch.: «Die Durchsetzung geistigen Eigentums in Europa – Zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 EG in Deutschland, England und Frankreich-», *ZEuP*, núm. 2, 2009, pp. 282-310.

Estudio de la Directiva 2004/48, relativa al Respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual, y su implantación en Alemania, Inglaterra y Francia. (*M. G.-R.*)

IZZO, N.: «Alle sezioni unite il contrasto sulla formazione e revisione delle tabelle millesimali e sulla legittimazione passiva dell'amministratore del condominio – nota a Cass., ord. 2 febbraio 2009 n. 2568», *GC*, 2009, núm. 4-5, pp. 874-884. (*M. R. D. R.*)

— «La prescrizione nel condominio», *GC*, 2009, núm. 6, pp. 243-258.

Consideraciones acerca de la prescripción de acciones para exigir el pago de deudas entre los propietarios en régimen de propiedad horizontal. (*M. R. D. R.*)

— «La locazione dell'usufruttuario tra la tutela del nudo proprietario e quella imperativa del conduttore – nota a Cass. 10 aprile 2008 n. 9345 e Cass. 20 marzo 2008 n. 7845», *GC*, 2009, núm. 7-8, pp. 1732-1735. (*M. R. D. R.*)

JULIA, G.: «La protection du secret du magicien par la chorégraphie de l'invisible», *GP*, 2009, núm. 205-206, pp. 3-10.

La protección del secreto de los trucos mágicos como obra del espíritu a través del artículo L. 112-2,4.º del Código de propiedad intelectual. Posición de la jurisprudencia y análisis de la postura. (*R. A. R.*)

KREBS, P./BECKER, M.: «Die Teilverdinglichung und ihre Anwendung auf Internetdomains», *JZ*, 2009, núm. 19, pp. 932-943.

La aplicación de la teoría de la «cosificación», desarrollada por Cannaris, a los dominios de Internet. (*B. F. G.*)

MARI, G.: «Murales o tazzine di ceramica?», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 3, pp. 520-529.

Ninguna duda existe acerca de la calificación como obra del ingenio de carácter creativo de las producciones artísticas del arte figurativo perteneciente al género de los murales y, dentro de ciertos límites, de los modernos *graffiti*. (*Alma R. G.*)

MARINO, L.: «L'affaire l'Oreal: le droit des marques et la publicité comparative sous le sceau du parasitisme», *SJ*, núm. 31-35, 2009, pp. 39-43

Sobre el derecho de marca y la utilización de signos similares a una marca determinada que llevan al consumidor a la confusión. (*R. A. R.*)

NATALI, A. I.: «Il condominio: una figura in cerca de una veste giuridica», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 662-668.

Comentario jurisprudencial en torno a la calificación jurídica de la copropiedad. (*Alma R. G.*)

PARDI, G.: «Revocatoria ordinaria e tutela del credito – nota a Cass. 7 ottobre 2008 n. 24757», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 1913-1921. (*M. R. D. R.*)

PARENTE, F.: «L'accessione verticale della proprietà tra "atto transitorio" di disposizione della retroattività e "convenzione matrimoniale" di estensione dell'oggetto della comunione», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 3, pp. 886-904.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sección II, de 3 de abril de 2008 relativa al siguiente supuesto de hecho: antes del año 1975, año en el que se produce la reforma del Derecho de Familia en Italia, un matrimonio edifica una construcción sobre el suelo propiedad de uno de los cónyuges. En el año 1975 el matrimonio hace uso de la posibilidad prevista en la reforma que permitía a los cónyuges que hubieran contraído matrimonio con anterioridad al 20 de septiembre de 1975, la posibilidad de aplicar retroactivamente el modelo de la «comunione legale» mediante acuerdo. En el mismo, los cónyuges atribuyen a la construcción el carácter de bien común.

Conforme al Código Civil italiano, la accesión vertical es automática (art. 934 CC italiano) y la propiedad del suelo se extiende al sobresuelo y al subsuelo (art. 840 CC italiano).

La pregunta que se plantea en la sentencia comentada es la naturaleza del edificio: común o privativo del cónyuge.

El Tribunal concluye que para sustraer el edificio a la propiedad del propietario del suelo, el acuerdo debe formularse antes de la construcción. De modo que el edificio pertenece privativamente al cónyuge propietario del suelo. Solución con la que el autor se muestra de acuerdo. (*B. F. G.*)

PATTI, S.: «Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo)», *RDC*, 2009, núm. 6, parte seconda, pp. 663-668.

Análisis jurisprudencial del fundamento de la usucapión y sus efectos, tras la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el nuevo contexto económico social en el que se aplica dicha figura. (*M. R. D. R.*)

PETRELLI, G.: «Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 3, pp. 689 a 754.

El objetivo del autor en el presente artículo consiste en poner de manifiesto la evolución de una institución como la inscripción registral que, a su juicio, debe ser analizada a la luz de los valores actuales del sistema, mediante una interpretación sistemática, axiológica y analógica. Considera el autor que es el momento de abandonar las interpretaciones de signo decimonónico. (*B. F. G.*)

PIEPOLI, G.: «Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale», *CI*, 2009, núm. 3, pp. 627-648.

Garantías reales sobre bienes inmateriales, en concreto, sobre la propiedad industrial: objeto de la garantía, las obligaciones del constituyente y la tutela del financiador. (*Alma R. G.*)

PLANCKEEL, F.: «La combination de l'usufruit et du bail. Eléments pour une nouvelle théorie des biens», *RTDC*, 2009, núm. 4, pp. 639-664.

El autor llega a la conclusión de que no son derechos diferentes, uno real y otro personal, sino que son complementarios. Analiza su combinación y particularidades. El arrendamiento como cualidad del propietario de utilizar la cosa igual que la del usufructuario. (*I. S. P.*)

RINGNALDA, A.: «National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 895-923.

A pesar de la cooperación internacional y europea, el Derecho de autor se mantiene predominantemente como un asunto de política interna de cada país. El artículo se plantea si esta situación de partida es adecuada para enfrentarse a los desafíos de internet, poniendo como ejemplos el de las librerías digitales y el de los trabajos cuyo autor es anónimo o ilocalizable (los llamados «trabajos huérfanos»). (*M. G.-R.*)

RODGERS, Ch.: «Nature's Place? Property Rights, Property Rules and Environmental Stewardship», *C.L.J.*, 2009, vol. 68, núm. 3, pp. 550-574.

Es bien sabido que muchos conflictos relativos al medio ambiente actuales tienen que ver con disputas sobre el uso de los recursos naturales, especialmente en el caso de los que carecen de dueño. El autor reflexiona sobre el papel o función de las reglas sobre la propiedad privada en conexión con esta cuestión y subraya la importancia de la definición del concepto de propiedad como mecanismo de protección medioambiental. En particular, es necesario, en su opinión, que las reglas sobre el derecho de propiedad den cuenta de la influencia que la normativa medioambiental tiene sobre dicho derecho. A su juicio, se produce aquí una interacción dinámica entre la regulación medioambiental y el derecho de propiedad. También se pregunta cómo hay que caracterizar el derecho de propiedad privada cuando la legislación medioambiental moderna impone obligaciones de custodia o protección (*stewardship*) del medio ambiente a los propietarios de recursos naturales. (*A. R. G.*)

QUIEVY, J. F.: «Du gage avec dépossession, par tierce détention, de la chose d'autrui», *GP*, 2009, núm. 277-278, pp. 3-11.

Estudio a propósito de la Ordenanza del Tribunal de Comercio de Nnor de 21 de abril de 2009 otorgando preferencia al acreedor pignoraticio sobre el titular de los bienes en *stock* con cláusula de reserva de dominio. (*I. S. P.*)

SALOMONS, A. F.: «Fifteen Questions on the Rules Regarding the Acquisition of Movables in Book VIII Draft Common Frame of Reference», *ERPL*, núm. 4, 2009, pp. 711-724.

El artículo examina brevemente el Libro VIII del Proyecto de Marco Común de Referencia, referido a la adquisición y pérdida de la propiedad sobre bienes muebles. (*M. G.-R.*)

SARTI, D.: «La privatizzazione dell'attività della SIAE. Diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici», *NLCC*, 2009, núm. 2, pp. 349-380.

Comentario de la *l. 9 gennaio 2008, n. 2*, sobre propiedad intelectual y las disposiciones relativas a la Sociedad Italiana de Autores y Editores conectadas con los acuerdos internacionales y normativa comunitaria sobre libertad de utilización con fines educativos y científicos y otras actividades sin ánimo de lucro. Ámbito y límites de aplicación de dicha normativa. (*M. R. D. R.*)

TREPPOZ, E.: «Les limites de la qualification distributive du jeu vidéo», *SJ*, núm. 42, 2009, pp. 16-19.

Analiza el cambio que introduce una sentencia de la Corte de casación en la que califica el juego de vídeo como una obra unitaria en contra de la doctrina existente que lo consideraba como una obra compleja en la que podían encontrarse contenidas diversas obras. (*R. A. R.*)

VIDIRI, G.: «Condominio degli edifici: avviso di convocazione dell'assemblea e sua comunicazione – nota a Cass. 1.º aprile 2008 n. 8449», *GC*, 2009, núm. 4-5, pp. 1070-1075. (*M. R. D. R.*)

VILLANI, M.: «La funzione sociale della proprietà, così come profilata dalla Corte di Strasburgo, assurge a parametro costituzionale – nota a Cass. Sez. un., 28 febbraio 2008 n. 5265», *GC*, 2009, núm. 11, pp. 2511-2520. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «Gazette du droit des technologies avancées», *GP*, 2009, núm. 203-204.

Diversos estudios sobre la creación e internet. Problemas legales. Propiedad intelectual y datos públicos. El turismo por internet. (*I. S. P.*)

— «Gazette de la propriété industrielle», *GP*, 2009, núm. 345-346.

Estudios varios sobre el paso al dominio público del derecho de autor del libro «Mein Kampf» a partir del año 2016. La especialidad de la jurisprudencia francesa en propiedad intelectual con los Decretos de 9 de octubre de 2009. (*R. A. R.*)

ZETZSCHE, D.: «Die Drittwirkung des Sicherungsvertrags beim Immobiliarkredithandel», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 543-576.

Estudio de las modificaciones realizadas en el BGB para facilitar las ejecuciones hipotecarias y de deuda territorial (*vid.* § 1192.1.ª), como consecuencia de las medidas tomadas por el Parlamento alemán ante la actual crisis financiera; en especial, la *Risikobegrenzungs-gesetz* (o Ley de Limitación del Riesgo), de 2008. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE FAMILIA

ALCURI, M.: «L'attribuzione del cognome materno al figlio legittimo al vaglio delle sez. un. della S.C.: gli orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1074-1098.

Artículo sobre la atribución del apellido al hijo en el Ordenamiento actual italiano. El apellido como instrumento identificador de la persona. La influencia del Derecho comunitario sobre las decisiones judiciales italianas acerca de la paridad entre hombre y mujer en la atribución del apellido al hijo. (*Alma R. G.*)

ALVISI, V.: «Ancora sulla caduta in comunione legale di diritti relativi», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 709-714.

Derechos de crédito y régimen de comunión legal de bienes en la evolución de la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

BIANCHINI, D.: «Omosessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 689-697.

Comentario jurisprudencial sobre si la homosexualidad de uno de los progenitores, confesada por el otro progenitor, puede suponer un impedimento para la custodia compartida del hijo común en virtud del interés de este último. (*Alma R. G.*)

BOELE-WOELKI/MARTINY, D.: «Die CEFL und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend elterliche Verantwortung: mehr Übereinstimmungen als Unterschiede», *ZEuP*, núm. 4, 2009, pp. 679-692.

En 2001 se creó por un grupo de académicos una privada *Commission on European Family Law* (CEFL), cuya finalidad es facilitar la armonización del Derecho europeo de familia. Los autores detallan cómo es el método de trabajo del grupo, a la vez que presentan el último informe, referido a la potestad de los padres sobre los hijos menores de edad. Más información en <http://www.ceflonline.net>. (*M. G.-R.*)

BOULANGER, F.: «L'accouchement sous X et l'affaiblissement du principe du secret de la naissance», *SJ*, núm. 49, 2009, pp. 14-17.

En la práctica muchas madres se acogen al derecho de no declarar el nacimiento de su hijo en cuanto a no establecer la relación de filiación con vistas a una posible adopción. (*R. A. R.*)

BRUDERMÜLLER, G.: «Der reformierte Zugewinnausgleich-Erste Praxisprobleme», *NJW*, 2010, núm. 7, pp. 401-407.

Análisis de la reforma del régimen de gananciales operada el 6 de julio de 2009. (*B. F. G.*)

BRUSORIO-AILLAUD, M.: «Expertise génétique: exemple de motif légitime de ne pas y proceder», *SJ*, núm. 50, 2009, pp. 10-12.

Comentarios sobre la sentencia de casación civil de 30 de septiembre sobre la impugnación de paternidad. (*I. S. P.*)

BUFFONE, G.: «Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 918-924.

Comentario jurisprudencial sobre la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Ordenamiento jurídico italiano. (*Alma R. G.*)

CASEY, J.: «Amelioration d'un bien personnel au sein du couple marié pacsé ou entre concubins: état des lieux», *GP*, 2009, núm. 158-160, pp. 4-10.

La diversa regulación jurídica del tema patrimonial en las parejas francesas según su estado civil. Estudio a propósito de dos decisiones de la Corte de casación de 24 de septiembre de 2008. (*I. S. P.*)

CASINI, M.: «La sentenza costituzionale n. 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge n. 40/2004», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1033-1045.

Artículo sobre el nacimiento de los embriones crioconservados y de los residuales derivados de la procreación médicamente asistida. (*Alma R. G.*)

CASTELLANETA, M./LEANDRO, A.: «Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari», *NLCC*, 2009, núm. 5, pp. 1051-1111.

Análisis del Reglamento CE 4/2009, sobre el régimen de la obligación de alimentos en las relaciones familiares, y su coordinación con el contenido de la Conferencia de La Haya en el ámbito del Derecho internacional privado. Especial consideración de la determinación de la jurisdicción aplicable, cooperación entre Estados miembros para el efectivo cumplimiento de los créditos por alimentos y de las obligaciones de alimentos respecto a menores, cónyuges, ex cónyuges. (*M. R. D. R.*)

COCUCCIO, M.: «Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 908-937.

Artículo sobre la convivencia *more uxorio*: evolución de la institución, la estabilidad en la relación de convivencia y sus indicios reveladores, relaciones de carácter personal y patrimonial entre los convivientes, la cesación de la convivencia y sus efectos. (*Alma R. G.*)

COESTER, M.: «Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg», *NJW*, 2010, núm. 8, pp. 482-485.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 3 de diciembre de 2009 sobre relaciones paterno filiales. (*B. F. G.*)

COSTANZA, M.: «Destinazione del padre di famiglia fra volontà e fatto – nota Cass. 12 marzo 2008 n. 6520», *GC*, 2009, núm. 4-5, pp. 1080-1082. (*M. R. D. R.*)

D'AVACK, L.: «La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 991-1033.

Artículo sobre la crioconservación de los embriones: dudas acerca de su constitucionalidad. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, P.: «Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 542-577.

Ausencia de efectos civiles, por su clara oposición al orden público italiano, de la sentencia canónica de nulidad matrimonial por la infidelidad de uno de los cónyuges anterior a la boda y dolosamente negada al otro cónyuge. (*Alma R. G.*)

DUCAMP-MONOD, S.: «Copules présentant un élément d'extranéité désamorcer la bombe a retardement», *GP*, 2009, núm. 275-276, pp. 3-5.

Elección de ley aplicable a parejas de diferente nacionalidad. La Convención de La Haya de 1 de septiembre de 1992. Problemas prácticos de su aplicación. (*R. A. R.*)

FAVIER, Y.: «Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir», *SJ*, 2009, núm. 31-35, p. 11.

Breve comentario en relación con la filiación por adopción. (*I. S. P.*)

FERRANO, G.: «Fecondazione *in vitro* e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 521-533.

Procreación artificial y enfermedades genéticas: ¿los cónyuges pueden rechazar la implantación de embriones enfermos? (*Alma R. G.*)

FIORAVANTI, C.: «La nuova disciplina dell'acquisto della cittadinanza italiana iure matrimonii», *NLCC*, 2009, núm. 5, pp.1137-1180.

Análisis del artículo 1.11 y 12, de la *l. 15 luglio 2009 n. 94*, sobre los presupuestos de adquisición de la nacionalidad italiana por razón de matrimonio, en la práctica jurisprudencial. (*M. R. D. R.*)

GALATI, A.: «Nullità canonica del matrimonio per esclusione del *bonum pro-
lis* per concorde decisione dei coniugi a causa di malattia sessualmente
trasmissibile anche alla prole ed ordine pubblico italiano sostanziale»,
DFP, 2009, núm. 2, pp. 629-646.

Comentario jurisprudencial que concluye que la decisión eclesiástica, que declara la nulidad del matrimonio canónico por exclusión del *bonum pro-
lis* por parte de ambos cónyuges, no es contraria al orden público italiano y, por tanto, tiene efectos civiles. Dicha conclusión se obtiene también incluso cuando la exclusión del *bonum pro-
lis* deriva de la finalidad de no transmitir, del marido a la mujer y a la prole, una enfermedad sexual, porque, aunque el ordenamiento matrimonial italiano no prevé un principio esencial relativo a la procreación, configura el matrimonio como fundamento de la familia, es decir, de la sociedad natural, fundada sobre el matrimonio, que puede comprender también a los hijos. (*Alma R. G.*)

GAZZONI, F.: «Auti familiari, plusvalenze maritali e assegno divorzile», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 591-601.

Comentario jurisprudencial acerca de los criterios de cuantificación de la pensión de separación y divorcio. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «“Questo matrimonio non s'ha da fare” (a proposito di infermi di mente e matrimonio)», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1211-1238.

Comentario jurisprudencial acerca de la capacidad de los enfermos psíquicos para contraer matrimonio. (*Alma R. G.*)

GILLIAN, D./PEARCE, J./WOODWARD, H.: «Cohabitants, property and the Law: A Study of Injustice », *MLR*, 2009, vol. 72, núm. 1, pp. 24-47.

Estudio teórico-práctico del régimen jurídico de la ruptura de la pareja de hecho. Para las autoras, el problema principal radica en el enriquecimiento injustificado que la ruptura produce en muchos casos. Consideran insuficiente, sin embargo, permitir que el juez redistribuya discrecionalmente los bienes de la pareja, tal y como sugirió la *Law Commission* en 2007. Lo verdaderamente efectivo sería, en cambio, promover cambios significativos en la práctica registral para que los interesados perciban, al comprar su vivienda o invertir capital en ella, que deben plantearse qué cuota posee cada uno en los bienes o cómo se distribuirán los bienes si la pareja acaba rompiéndose. Las injusticias que hoy se producen, y que son fruto de la complejidad del Derecho inglés de cosas y de la doctrina del *trust* al ser aplicados a estas situaciones, podrían prevenirse obligando a las partes a clarificar de quién son los bienes o asumiendo con conocimiento de causa las consecuencias de no hacerlo. (*J. R. I.*)

GÖTZ, I./BRUNDERMÜLLER, G.: «Schnittstellen zwischen Familien- und Mietrecht in § 1568 a BGB», *NJW*, 2010, núm. 1-2, pp. 5-11.

Cuestiones abiertas sobre la nueva regulación, material y procesal, de la cesión del domicilio conyugal tras la eficacia del divorcio. (*B. F. G.*)

LECKEY, R.: «Cohabitation and Comparative Method», *MLR*, 2009, vol. 72, núm. 1, pp. 48-72.

Original estudio sobre la situación de la pareja de hecho en Quebec y en el resto de Canadá. La particularidad del trabajo radica en que el objeto de análisis no es el régimen legal en sí, sino los discursos jurídicos dominantes. El autor sigue así las modernas corrientes de Derecho comparado según las cuales llevar a cabo una correcta comparación requiere examinar el contexto cultural en que se insertan cada uno de los modelos y sistemas estudiados. (*J. R. I.*)

LO IACONO, P.: «La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale" e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi dai chierici», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1382-1487.

La necesidad de proteger a los menores de edad de los abusos sexuales entre los deberes paterno-filiales. (*Alma R. G.*)

MAGNO, G.: «Rappresentanza e difesa del minorenne nel giudizio per la dichiarazione dello stato di adottabilità», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 651-665.

Derechos del menor que está sujeto a un procedimiento de adopción. Papel del menor en el juicio para la declaración de la adopción. Representación y defensa del menor en el juicio de adopción. (*Alma R. G.*)

MARINI, R.: «Legittimazione del coniuge all'azione di nullità del matrimonio per incapacità di agire e delibazione della sentenza ecclesiastica», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 613-629.

Comentario jurisprudencial sobre si la legitimación eclesiástica a la acción de nulidad matrimonial por incapacidad de actuar, otorgada también al cónyuge capaz en el Derecho canónico, debe considerarse incompatible absolutamente con el orden público italiano. (*Alma R. G.*)

MARRA, A.: «Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione fra coniugi», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1199-1211.

Comentario jurisprudencial relativo a las transmisiones de bienes inmuebles entre los propios cónyuges durante la separación matrimonial de mutuo acuerdo. (*Alma R. G.*)

MASSIP, J.: «Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé», *GP*, 2009, núm. 238-239, pp. 2-11.

Extracto de la obra de Massip «Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs» de 2009, donde analiza los cambios operados por la Ley 2007-308 de 5 de marzo. (*R. A. R.*)

MIRKOVIC, A.: «Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers. À propos du rapport Leonetti», *SJ*, núm. 43, 2009, pp. 10-13.

Parte de que el proyecto de ley sobre la autoridad parental y los derechos de los terceros instaura la división de la autoridad parental con terceros por acuerdo y lo hace sin exigir garantías en cuanto a la educación del menor. (*I. S. P.*)

OLIVERO, L.: «Contratti tra coniugi e revoca dell'assenso alla separazione consensuale», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 794-800.

Comentario jurisprudencial relativo a los contratos celebrados entre cónyuges separados de hecho. (*Alma R. G.*)

PALAZZO, A.: «Matrimonio e convivenze», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1300-1317.

Posibilidad de elección, por parte del hijo extramatrimonial, entre convivir con el progenitor aparente o con el progenitor biológico. (*Alma R. G.*)

PENNISI, C.: «Sulla responsabilità solidale del coniuge non stipulante per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1098-1116.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria de cualquiera de los cónyuges, casados bajo el régimen de comunión legal de bienes, en caso de obligaciones contraídas por uno de los dos con terceros dirigidas a satisfacer las necesidades de la familia. (*Alma R. G.*)

PICARDI, F.: «Mantenimento della prole ed autonomia negoziale dei genitori», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 765-778.

Artículo sobre los acuerdos de los progenitores en situaciones de crisis matrimoniales en orden al mantenimiento de los hijos: en concreto, las posibilidades y los límites del control del juez. (*Alma R. G.*)

PINTENS, W.: «Ehegüterstände in Europa», *ZEuP*, núm. 2, 2009, pp. 268-281.

Estudio de Derecho comparado europeo sobre los regímenes económicos matrimoniales establecidos por la ley a falta de pacto. El autor observa tres tendencias: en los ordenamientos de origen romano y en los del centro y este de Europa se tiende a una comunidad de ganancias; en los germánicos y del norte, a una separación de bienes, que al final del régimen puede dar lugar a un crédito de un cónyuge contra el otro (sistema de participación); finalmente, los del *Common Law* carecen de normas legales al respecto, pero, merced a los acuerdos de los cónyuges y a la facultad judicial de apreciación, cada vez más se convierte en la práctica en un pseudo régimen de participación. (*M. G.-R.*)

PULITI, F.: «La quantificazione dell'assegno di mantenimento e la valutazione delle condizioni economiche», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 948-950.

Comentario jurisprudencial sobre los criterios para la determinación de la cuantía de la pensión de mantenimiento tras la crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

— «Tenore di vita potenziale degli ex coniugi e quantificazione dell'assegno divorzile», *NGCC*, 2009, núm. 9, pp. 908-911.

Comentario jurisprudencial sobre si en la determinación de la pensión de divorcio debe tenerse en cuenta el nivel de vida de los cónyuges constante matrimonio. (*Alma R. G.*)

PUTI, P. M.: «Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 826-883.

Artículo sobre los nuevos modelos de familia en los diversos países europeos: el modelo nórdico, la normativa de la convivencia homosexual en Alemania, el pacto de solidaridad en Francia y la cohabitación legal en Bélgica. (*Alma R. G.*)

RIMINI, C.: «La gestione collaborativa del conflitto coniugale (*collaborative law*) in Italia? Si può fare», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1318-1323.

Artículo sobre la mediación familiar en el Ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

RUSCELLO, F.: «Origini ed evoluzione storica dell'usufrutto legale dei genitori», *DFP*, 2009, núm. 3, pp. 1329-1346.

Orígenes del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos: normativa y fundamento del mismo en el Código Civil italiano de 1942. Actual regulación. (*Alma R. G.*)

RUSO, E.: «Affido condiviso e attività negoziale determinativa dei genitori», *RDC*, 2009, núm. 3, parte seconda, pp. 311-335.

Comentario de la *l. 8 febbraio 2006, n. 54*, que regula la custodia compartida de los hijos en los supuestos de separación entre los progenitores. Especial referencia a la naturaleza jurídica de los pactos entre los progenitores en materia de custodia compartida y la nueva regulación de las medidas provisionales. (*M. R. D. R.*)

STANZIONE, P.: «Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82», *DFP*, 2009, núm. 2, pp. 713-730.

Artículo sobre los problemas que puede llevar consigo el cambio de sexo de uno de los cónyuges, entre ellos, aquellos derivados de la relación con los hijos. (*Alma R. G.*)

VILLANI, R.: «Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della consulta sulla disciplina della legge n. 40/04», *NLCC*, 2009, núms. 3-4, pp. 475-500.

Estudio jurisprudencial de las decisiones judiciales sobre técnicas de reproducción asistida, requisitos y efectos, a propósito de la sentencia *Corte cost. 1.º aprile- 8 maggio 2009, n. 151*. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «Droit de la famille», *GP*, 2009, núm. 161-162.

Crónicas jurisprudenciales sobre el régimen económico matrimonial; la patria potestad y la incapacidad. (*R. A. R.*)

— «Droit de la famille», *GP*, 2009, núm. 310-311.

Crónicas jurisprudenciales sobre el divorcio, patria potestad, alimentos, régimen matrimonial e incapacidad. (*I. S. P.*)

WELLENHOFER, M.: «Das neue Familienrecht», *JuS*, 2009, núm. 8, pp. 673-678

Desde principios de 2008, una serie de reformas legislativas han afectado a diversos aspectos del Derecho de familia: relaciones entre cónyuges, relaciones paterno filiales, y proceso civil. El artículo se ocupa, en particular, del derecho de alimentos. (*B. T. G.*)

WEISS-GOUT, B.: «Le PACS: Dix ans déjà», *GP*, 2009, núm. 312-314, pp. 2-7.

El pacto civil de solidaridad en las parejas francesas. Necesidad de una reforma desde su aparición en 1999 manifestada con la Ley 2006-728, de 23 de junio, en materia de sucesiones y donaciones. Efectos patrimoniales y personales del PACS. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

AMADIO, G.: «Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima per equivalente)», *RDC*, 2009, núm. 6, parte prima, pp. 683-712.

Estudio sobre la tipicidad de las acciones de reducción de actos lucrativos para cubrir la legítima, en materia de Derecho sucesorio: reducción y colación respecto de negocios lucrativos, distintos de la donación, efectos, tutela de la legítima y principio de enriquecimiento sin causa. (*M. R. D. R.*)

AMENTA, G.: «La successione necessaria: essere o non essere?», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 3, pp. 605-633.

Análisis de la propuesta de reforma del Código Civil en materia de sucesiones y, en concreto, de la disciplina normativa relativa a los herederos necesarios.

El autor, que ofrece una visión histórica del instituto, critica duramente la propuesta analizada a la que califica de contradictoria y con una visión histórica desacertada. (*B. F. G.*)

BILOTTI, E.: «L'acquisto delle eredità devolute agli enti non lucrativi», *RDC*, 2009, núm. 6, parte seconda, pp. 689-709.

Estudio sobre la posibilidad de eliminar el régimen del beneficio de inventario respecto de las entidades sin ánimo de lucro. (*M. R. D. R.*)

BUDZIKIEWICZ, Ch.: «Die letztwillige Verfügung als Mittel postmortaler Verhaltensteuerung. Zur Beschränkung der Testierfreiheit durch zwingendes Gesellschaftsrecht», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 354-397.

El artículo se refiere a las disposiciones de última voluntad que pretenden de alguna manera condicionar el comportamiento futuro del heredero o legatario, normalmente mediante condiciones potestativas, que pueden tomar también el carácter de modo. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 22 de marzo de 2004, tuvo que decidir sobre una condición potestativa impuesta en testamento por un miembro de la conocida familia Hohenzollern, otrora noble, por la que un fideicomisario tenía que casarse con una persona de determinado nivel social o perdería el fideicomiso.

Este tipo de cláusulas también se producen respecto del Derecho de sociedades, que es en el que se centra el artículo comentado. Así, la sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich de 16 de julio de 2007 tuvo que decidir sobre una disposición testamentaria que ponía al heredero en la tesitura de pasar a ser socio de una sociedad abierta durante toda su vida o perder la cualidad de heredero (c/r. art. 1051 CC español). (*M. G.-R.*)

IVERSEN, M.: «Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und pflichtteilrechtliche Nachlassbewertung», *NJW*, 2010, núm. 4, pp. 183-187.

Relación entre la valoración de la legítima y la cláusula del contrato de sociedad personalista que establece los derechos del socio que se separa. (*B. F. G.*)

MORELATO, E.: «Alle fondazioni costituite per testamento, dunque, non si applicano le disposizioni normative riguardanti l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 830-852.

Fundaciones testamentarias y aceptación a beneficio de inventario de la herencia: ¿dos figuras incompatibles? (*Alma R. G.*)

PERANO, G.: «Assicurazione sulla vita e clausole “a favore degli eredi”», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 3, pp. 644-688.

Examen de la contratación de un seguro de vida en favor de los herederos, situada a caballo entre el Derecho de sucesiones y el contrato a favor de tercero. (*B. F. G.*)

VERDICCHIO, V.: «Sulla illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 1052-1058.

Comentario a sentencia sobre la ilicitud de la cláusula condicional que subordina la eficacia de una disposición testamentaria a la circunstancia de que el instituido heredero o legatario contraiga matrimonio. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Forma e formalismo: l'annullabilità del testamento olografo e la incompletezza della data – nota a Cass. 14 maggio 2008 n. 12124», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 1984-1993. (*M. R. D. R.*)

— «Sull'art. 603.comma 3, c.c. e sulla nullità del testamento per mancata sottoscrizione del testamento pubblico tra forma, formalismo e favor testamenti – nota a Cass. 21 novembre 2008 n. 27824», *GC*, 2009, núm. 10, pp. 2168-2172. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BEAUSSONIE, G.: «La constance de l'antagonisme entre immeuble et abus de confiance», *SJ*, núm. 31-35, 2009, pp. 25-27

La utilización abusiva de un bien inmueble o de un derecho real sobre el inmueble y las últimas sentencias sobre el abuso de confianza. (*I. S. P.*)

CALVO, R.: «Giurisprudenza territoriale e universalità del diritto civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 303-332.

Reflexiones sobre el proceso de armonización europea del Derecho de contratos. (*B. F. G.*)

CREUX-THOMAS, F.: «La médiation: opportunité ou “gadget”?», *SJ*, núm. 51, 2009, pp. 9-13.

La tendencia a favor de impulsar la mediación como forma de resolución de conflictos. (*R. A. R.*)

DAJCZAK, W.: «Römisch-rechtliche Tradition in Polen – unbekannte Aspekte zur kulturellen Einheit der Privatrechtswissenschaft in Europa», *ZEuP*, núm. 2, 2009, pp. 311-321.

Estudio sobre la influencia romanística en Derecho polaco. Aunque ya desde el siglo XIII son apreciables algunas influencias del Derecho romano-canónico, no llegó a ser muy grande durante la Edad Moderna, en buena parte por el rechazo que suponía la amenaza de Prusia y su Derecho centralizado. Sin embargo, tras la partición de Polonia en 1795 entre Prusia, el Imperio Austro-húngaro y Francia (luego sustituida por Rusia, que respetó los Libros II y III del *Code*), la influencia del Derecho de inspiración romanística ha sido cada vez más grande. (*M. G.-R.*)

GROSSI, P.: «Il diritto civile nella legalità costituzionale», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 3, pp. 914-920.

Reproducción de la presentación de la tercera edición del libro de Perlingieri *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, (Napoli 2006), llevada a cabo por un histórico del Derecho. (B. F. G.)

MIRKOVIC, A.: «Recherche sur l'embryon: vers la fin d'un grand gâchis éthique?», *SJ*, núm. 47, 2009, pp. 9-10.

Planteamientos éticos de la investigación sobre embriones. (I. S. P.)

SALANITRO, U.: «Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 2, pp. 472-498.

Estudios de los diversos instrumentos de Derecho Privado existentes para proteger el medioambiente: desde la responsabilidad ambiental y sus diversas lecturas doctrinales, a la tutela preventiva, pasando por la responsabilidad civil que puede surgir como consecuencia de un hecho dañoso para el ambiente que, a su vez, causa daños a los intereses privados. (B. F. G.)

SEGURA-CARISSIMI, J.: «Expérimentation animale et protection des animaux», *GP*, 2009, núm. 219-220, pp. 6-15.

La experimentación con animales según la regulación en Francia y en Europa. La Convención europea de protección de los animales de 18 de marzo de 1986. (R. A. R.)

TERRÉ, F.: «Le droit et le bonheur», *RD*, 2010, núm. 1, pp. 26-30.

Estudio de la bondad y su aplicación en el Derecho. Análisis histórico de la figura desde su incorporación en la Declaración de derechos americana. (R. A. R.)

VV. AA.: «Droit de la publicité», *GP*, 2009, núm. 322-323.

Estudios sobre la publicidad televisiva y las decisiones del jurado de deontología publicitaria. Posición de la jurisprudencia. (I. S. P.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BARTELS, K.: «Die Handelsfirma zwischen Namensrecht und Kennzeichenschutz. Eine Bestimmung ihrer Rechtsnatur sowie deren Wirkung auf einfache Zukzession und Zwangverwertung», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 309-353.

Ya desde el Código de comercio alemán de 1861 (ADHGB), la razón o firma social de un empresario individual o de una sociedad personalista tiene que corresponder con el nombre civil del empresario o del de uno de los socios que responden ilimitadamente por las deudas sociales. Esto plantea difíciles problemas acerca de la naturaleza jurídica de la razón social, su transmisibilidad y su adaptabilidad en los procesos de ejecución singular o de concurso. (M. G.-R.)

CUTAJAR, Ch.: «Déclaration de soupçon du blanchiment de la fraude fiscale. À propos du décret núm. 2009-874 du 16 juillet 2009», *SJ*, núm. 36, 2009, pp. 10-12

Decreto de 16 de julio de 2009 para la aplicación del artículo 561-15, II, del Código monetario y financiero en relación con el blanqueo de capitales. (I. S. P.)

DE CRISTOFARO, G.: «La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali», *NGCC*, 2009, núm. 11, pp. 1061-1068.

Comentario jurisprudencial sobre las prácticas comerciales desleales. Estudio de la regulación de la Directiva comunitaria y del Ordenamiento italiano en relación con la materia. (*Alma R. G.*)

MAUGERI, M.: «Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali», *NGCC*, 2009, núm. 10, pp. 477-487.

Prácticas comerciales desleales y efectos jurídicos de la existencia de las mismas sobre el contrato: ¿nulidad o anulabilidad por vicios del consentimiento? (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Gazette de droit de la concurrence», *GP*, 2009, núm. 315-318.

Crónicas sobre el Derecho comunitario de la competencia en el año 2008. (*R. A. R.*)

ZIMMER, D./LOGEMANN, H.: «Der private Schutz im Kartellrecht. Zum Weißbuch der Kommission über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts», *ZEuP*, núm. 3, 2009, pp. 489-516.

La Unión Europea se ha preocupado hasta ahora de disciplinar el Derecho de la competencia desde el punto de vista administrativo, confiriendo poderes para sancionar conductas contrarias a la libre competencia. No obstante, la Comisión Europea ha publicado en abril de 2008 un Libro Blanco sobre acciones indemnizatorias por infracción del Derecho de la competencia europea. Los autores analizan la novedad que supone la intención de regular relaciones entre particulares en este ámbito, así como el contenido del mencionado Libro Blanco. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALAGNA, S.: «Poteri e responsabilità del presidente dell'assemblea nelle società di capitali», *RDC*, 2009, núm. 5, parte prima, pp. 529-545.

El poder del presidente en las dos fases esenciales de las Juntas celebradas en el ámbito de las sociedades de capital: constitución y toma de acuerdos. Determinación de los modos de control y efectos del desempeño de su función: remoción, responsabilidad civil y penal. (*M. R. D. R.*)

BEGHETTO, A.: «Le novità in materia di nota integrativa, bilanci abbreviati, bilanci consolidati e informazioni sulla corporate governance alla luce del d. lgs. 3 novembre 2008, n. 173», *NLCC*, 2009, núm. 5, pp. 1147-1179.

Análisis del *d. lgs. 3 novembre 2008, n. 173*, y modificaciones introducidas en el Título V del Libro Quinto del Código civil, en el *d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127*, en el *d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 87*, en el *d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209*, y en el *d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*. (*M. R. D. R.*)

DE LUCA, N.: «La nuova disciplina dei conferimenti in natura senza stima, degli acquisti e delle altre operazioni su azioni proprie», *NLCC*, 2009, núm. 2, pp. 425-467.

Extenso comentario del *d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142*, sobre las aportaciones *in natura* sin valoración previa, para la adquisición de acciones societarias.

Revisión de los problemas y técnicas de valoración a efectos de balance, acciones a adquirir, modificaciones del capital social, etc. (*M. R. D. R.*)

DE LUCA, K.: «Il godimento collettivo di beni in forma societaria nell'esperienza europeo-continentale», *RDC*, 2009, núm. 3, parte prima, pp. 311-335.

Cuestionamiento, con análisis de Derecho comparado (Francia, Italia y Alemania), de la legitimidad de la figura societaria «no operativa», cuya única finalidad es el uso y disfrute colectivo de bienes. (*M. R. D. R.*)

FÖRSTER, Ch.: «Der Schwarze Ritter — § 826 im Gesellschaftsrecht», *AcP*, núms. 3 y 4, 2009, pp. 398-444.

El § 826 BGB, en sede de responsabilidad extracontractual, establece que «Quien causa daño a otro dolosamente de modo contrario a la moral, está obligado a indemnizar el daño». Este precepto, de aplicación más bien excepcional en Derecho civil alemán, está siendo utilizado por los tribunales para solucionar problemas de descapitalización de sociedades. Buena parte de la doctrina se opone a esta concepción jurisprudencial por considerar que el Derecho de sociedades se basta por sí mismo para solucionar los problemas mencionados. En cambio, el autor se muestra a favor. (*M. G.-R.*)

GRIMALDI, C.: «Regard civiliste sur la cession ou le rachat forcé de droits sociaux», *SJ*, núm. 49, 2009, pp. 11-12.

La Corte de Casación en los últimos tiempos ha emitido muchas decisiones relativas a las cláusulas estatutarias en caso de cesión o de rescate reforzado de los derechos sociales. (*I. S. P.*)

LICI, P.: «Vizi e virtù del procedimento sommario societario – nota a Cass. 11 luglio 2008 n. 19238», *GC*, 2009, núm. 9, pp. 1958-1966. (*M. R. D. R.*)

MARTUCCI, K.: «Le società di godimento nel diritto italiano d'oggi», *RDC*, 2009, núm. 4, parte prima, pp. 465-486.

Análisis de los perfiles problemáticos de la sociedad no operativa, con la mera finalidad de uso y disfrute de su capital por los socios, y su concurrencia con el artículo 2248 CC: legitimidad, normativa fiscal, inscripción registral, control notarial, etc. (*M. R. D. R.*)

PALLOTTI, E.: «L'applicazione dei principi contabili internazionali in materia di strumenti finanziari: il caso delle cooperative», *CI*, 2009, núm. 2, pp. 359-378.

La relación existente entre disciplina contable y disciplina societaria. Los instrumentos financieros en el Código civil. (*Alma R. G.*)

SANDEI, C.: «L'atto informatico di trasferimento delle partecipazioni in s.r.l.: addio certezza», *NLCC*, 2009, núm. 2, pp. 401-423.

Estudio del *d. l. 25 giugno 2008, n. 112*, sobre el acto de adquisición, por medios telemáticos, de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada, con especial dedicación a las técnicas de control de legalidad y seguridad del sistema y al momento de la publicidad registral. (*M. R. D. R.*)

SBISÀ, G.: «Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 807-821.

La responsabilidad por actividad de dirección y coordinación en los grupos de sociedades. (*Alma R. G.*)

SCAGLIONE, F.: «Clausole societarie di successione familiare», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 943-971.

Las cláusulas de consolidación en caso de muerte de un socio en las sociedades personalistas. Prohibición de pactos sucesorios en esta hipótesis. (*Alma R. G.*)

TRIMARCHI, M.: «Proprietà e impresa», *CI*, 2009, núms. 4-5, pp. 895-910.

Propiedad y control de la empresa. Propiedad y gestión de la empresa. El sistema de las fuentes internas y comunitarias en materia de propiedad y empresa. Derecho de propiedad y libertad de empresa como derechos fundamentales. La garantía constitucional y comunitaria de la propiedad y de la empresa. (*Alma R. G.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

AMATUCCI, C.: «I riflessi delle stock options sulle cause determinanti della crisi finanziaria», *RDC*, 2009, núm. 5, parte prima, pp. 515-528.

Análisis del problema e influencia de las *Stock Options* en la crisis financiera. Valoración del riesgo, manipulación del mercado financiero y responsabilidad de los gestores e intermediarios. (*M. R. D. R.*)

DIJUDI, J.: «L'integrité du chèque de banque», *GP*, 2009, núm. 254-255, pp. 5-7.

Obligación del banquero en cuanto a la emisión del cheque: prudencia y garantía de seguridad. Responsabilidad frente al portador del cheque. (*I. S. P.*)

LÉGEAIS, D.: «Notion de créancier professionnel au regard de la validité d'un cautionnement consenti par un particulier avec un professionnel non éta-blissement de crédit», *SJ*, núm. 40, 2009, pp. 25-26.

En el sentido de los artículos 341-2 y 341-3 del Código de los consumidores, el acreedor profesional se encuentra en el ejercicio de su profesión aunque lleve a cabo una actividad que no es la principal. (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

CERVINI, A.: «Proroga *ex lege* e natura dei contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (l. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (l. 27.5.2008, n. 93)», *NGCC*, 2009, núms. 7-8, pp. 351-365.

Artículo sobre el contrato de préstamo bancario: suspensión de los términos de pago y prórroga del contrato, ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, naturaleza jurídica del contrato, efectos de la suspensión. (*Alma R. G.*)

CHEREDNYCHENKO, O. O.: «European Securities Regulation, Private Law and the Investment Firm-Client Relationship», *ERPL*, núm. 5, 2009, pp. 925-952.

Tradicionalmente, la relación entre la sociedad de inversión y su cliente potencial era considerada exclusivamente de Derecho privado. Sin embargo, la situación ha cambiado sobre todo tras la implantación en los distintos países de la Directiva 2004/39, de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, que permite un control público del desarrollo de estas actividades por las sociedades de inversión. En todo caso, para la autora, el legislador europeo debería tener en cuenta de modo mucho más serio la relación entre el aspecto público y privado de estas sociedades de inversión, con el fin de conseguir los objetivos de política legislativa perseguidos. (*M. G.-R.*)

MAUGÉR-VIELPEAU, L.: «Les enchères électroniques mènent à l'adjudication du bien au meilleur enchérisseur» *SJ*, núm. 31-35, 2009, pp. 15-18.

Aplicación del artículo 321-3 del Código de comercio a la venta de bienes muebles por Internet. (*R. A. R.*)

MAYAUX, L.: «La loi de sécurité financière ne s'applique que pour l'avenir» *SJ*, núm. 40, 2009, pp. 18-20.

Análisis de las causas de discordancia entre las aseguradoras y la Corte de Casación, ya que la jurisprudencia fija la atención en la reclamación de las víctimas mientras las aseguradoras la cifran en la responsabilidad civil. (*R. A. R.*)

MELLOTTÉE, Ch.: «La qualité de personne avertie ne peut se déduire de la présence à ses côtés d'une personne elle-même avertie» *SJ*, núm. 38, 2009, pp. 25-27.

El banco que concede un crédito a empresas no puede tener puesta su mirada en que a la conclusión del contrato la empresa mantenga sus capacidades financieras. (*R. A. R.*)

DERECHO CAMBIARIO

GALGANO, F.: «Il concetto di titoli di credito», *CI*, 2009, núm. 2, pp. 285-304.

Artículo acerca del origen del título de crédito, los títulos de crédito en el *Civil Law* y en el *Common Law* y, por último, la circulación de los títulos de crédito. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

BERTACCHINI, E.: «Riforma della legge fallimentare ed effetti sul sistema bancario», *CI*, 2009, núm. 2, pp. 379-409.

La nueva función del sistema bancario a la luz de la reforma de la ley reguladora de la quiebra. Los efectos de la reforma sobre el proceso de valoración del riesgo en las relaciones con la empresa. Los nuevos límites dimensionales de la quiebra. Los nuevos criterios para la extensión de la quiebra *ex artículo 147*. El nuevo papel activo de la banca en la gestión de la crisis declarada de la empresa. Los nuevos instrumentos para la liquidación de la masa de la quiebra. (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, G.: «Dell'irrelevanza del carattere abusivo dell'attività imprenditoriale di gestione di portafogli svolta ai fini dell'assoggettabilità a fallimento – nota a Trib. Brescia 4 ottobre 2008», *GC*, 2009, núm. 10, pp. 2278-2283. (*M. R. D. R.*)

PAULUS, C. G.: «Ein Kaleidoskop aus der Gesichte des Insolvenzrecht», *JZ*, 2009, núm. 23, pp. 1148-1155.

Nuevas perspectivas del Derecho concursal. (*B. F. G.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. R.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Sobre la subsistencia de la fianza cuando el acreedor doblemente asegurado con fianza e hipoteca adquiere la finca hipotecada en garantía de su crédito, en una ejecución judicial en la que se hace valer una carga posterior a dicha hipoteca

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de 4 de mayo de 2007

JUAN SARMIENTO RAMOS
Registrador de la propiedad

I. Aborda la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1, de 4 de mayo de 2007, (núm. de resolución 470/2007), un supuesto especialmente interesante y no tan excepcional como a primera vista pudiera pensarse. Repárese en la frecuencia con que se autorizan escrituras de préstamo destinado a financiar la adquisición de una vivienda, préstamo que es simultáneamente garantizado con hipoteca sobre la misma vivienda financiada y con fianza adicional prestada por los padres, hermanos, cónyuge, novio o novia del propio adquirente. Y considérese que en estos tiempos de crisis económica en los que nos encontramos, no será raro que esa vivienda sea ejecutada por otras deudas del adquirente contraídas con el mismo banco prestamista (dada la fidelización de la clientela bancaria), y que dicha ejecución termine con la adjudicación de la vivienda al propio ejecutante.

Si a ello se añade la radical discrepancia de quien suscribe respecto del fallo contenido en dicha sentencia, quedará justificado el análisis que a continuación se realiza; análisis que pretenderá poner de manifiesto los argumentos que justifican esa discrepancia, a fin de evitar que los sucesivos pleitos de similar contenido sean resueltos de forma puramente mecánica, mediante una aplicación acrítica de dicha solución –habida cuenta de la alta cualificación del órgano de quien emana–, consolidando así un resultado que aquí no se considera aceptable.

En efecto, una primera lectura de esa sentencia produce la sensación de que el resultado definitivo del pleito resuelto no responde a las previsiones del Ordenamiento Jurídico, dejando un inevitable sabor a injustificado enriquecimiento de una de las partes, lo que es tanto más significativo cuanto que el litigante favorecido resulta ser, precisamente, una entidad bancaria que pleitea contra un particular. Conviene dejar claro, no obstante, que no se trata ahora de hacer una presentación demagógica del asunto (la impotencia del débil frente al fuerte) que prejuzgue su resultado final. Interesa, en exclusiva, la prevalencia de la justicia material, y se parte de la firme creencia en la rectitud de los órganos jurisdiccionales. Además, no puede dejar de reconocerse la indudable dificultad intrínseca de la hipótesis considerada, y la relevancia que hayan podido tener las particularidades procesales del pleito en sus distintas instancias.

II. Pasando ya al análisis propiamente dicho de la sentencia identificada al inicio, ha de procederse en primera lugar a la delimitación de la cuestión debatida, la que queda fijada por los siguientes elementos:

1. Determinada finca, que aparece hipotecada a favor del banco B en garantía de un crédito afianzado solidariamente por el Sr. X, es adquirida por el banco B en la subasta celebrada en el curso de un juicio ejecutivo en el que se había embargado y rematado dicha finca, siendo el embargo posterior a la hipoteca relacionada.

2. Posteriormente, el banco B procede al cobro de ese crédito garantizado hipotecariamente con la finca en cuestión, y, para ello dirige su acción contra el fiador X, quien parece que abona la cantidad reclamada y hace constar en el Registro su subrogación en el crédito hipotecario pagado, al amparo de lo previsto en el art. 1.839 Cc.

3. Naturalmente, al banco B no le parece bien que, como consecuencia de esta subrogación, pueda verse expuesto a tener que devolver al fiador lo que acaba de obtener de él, si éste inicia el correspondiente procedimiento de ejecución de la hipoteca que garantiza el crédito en el que se ha subrogado; en consecuencia, inicia un procedimiento judicial contra el Sr. X para que se declare que la hipoteca se había extinguido por consolidación cuando el banco demandante adquirió la finca hipotecada en el juicio ejecutivo seguido (al ostentar en ese momento la doble condición de titular de la hipoteca y de propietario del bien hipotecado), y que, por consiguiente, es nula la subrogación invocada por el Sr. X.

4. Este último, obviamente, no está de acuerdo con el Banco X y formula contra él demanda reconventional solicitando se declare, alternativamente, bien la extinción de la fianza (no aparece especificado el motivo en el que se funda esta pretensión, y aun cuando puede presumirse que es la aplicación del art. 1.852 Cc, nos parece de gran relevancia el destacar esta circunstancia) con devolución de lo pagado por el fiador, bien la subsistencia de la hipoteca y la validez de la subrogación al ser nula la confusión de derechos operada por el banco B.

5. Según resulta del antecedente de hecho primero, número 3, tanto la fianza como la hipoteca cuestionadas se formalizaron en una misma escritura, autorizada el día 23-09-1992, con el núm. 2817, por el Notario de La Roda, D. FMV. Y parece ser que la hipoteca la constituyó sobre finca propia el mismo deudor (advírtase que según la sentencia, dicha finca fue posteriormente ejecutada por otras deudas del mismo prestatario garantizado hipotecariamente).

El debate parece reducirse (y digo, parece, porque el texto de la sentencia del Supremo no es muy explícito al respecto) a la resolución de dos únicas cuestiones: a) si hubo o no extinción de la hipoteca al adquirir el banco acreedor la finca hipotecada en garantía de su crédito; b) si, en caso afirmativo, esta extinción comporta o no la de la fianza por imperativo del art. 1.852 Cc.

En primera instancia y en apelación triunfa la pretensión del Sr. X: se estima que la hipoteca se extinguió por concurrir en la misma persona las cualidades de propietario del bien hipotecado y de titular del derecho real de hipoteca; pero también se estima que con la hipoteca se extinguió la fianza (no se aclara en la sentencia comentada el motivo concreto por el que el juez de instancia considera extinguida dicha fianza), por lo que procede devolver lo pagado al banco B por el Sr. X.

Por el contrario, el Tribunal Supremo confirma la extinción de la hipoteca por consolidación (por lo que no pudo producirse la subrogación del Sr. X), pero entiende que ello no afecta a la fianza, la cual subsiste con plenitud de efectos al no ser de aplicación al supuesto considerado el art. 1.852 Cc. Lo que conlleva que el banco B nada debe devolver al Sr. X de lo que de él recibió en cumplimiento del compromiso inherente a la fianza que prestara. Dice literalmente el fundamento tercero de la sentencia que se comenta, cuyo ponente es el magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz, *«En el presente caso –y pasamos al estudio del único motivo de casación– la actuación del Banco demandante (...) no constituye hecho por el que el fiador no pueda quedar subrogado en el crédito. La hipoteca fue ejecutada en otro proceso –por razón de embargo– y se extinguió por consolidación. Dicha entidad bancaria era titular de esos dos derechos de crédito distintos, se ejecuta un embargo primero y un crédito garantizado con hipoteca después. El fiador del deudor de este segundo, demandado don Francisco paga el crédito y se subroga en el crédito, pero no en el derecho real de hipoteca por razón de que ésta se había extinguido anteriormente por consolidación. No hay hecho obsta activo del acreedor, ..., sino que éste, en otro procedimiento, había extinguido la hipoteca por consolidación.*

Por ello, hay que estimar el motivo único del recurso de casación que ha formulado (el banco) porque se han infringido los artículos 1.839 y 1.852 del Código Civil –no así el 24 de la Constitución Española– relativos a la subrogación en el pago como caso específico de la norma general del artículo 1.210.3.º

Ciertamente, como se expresa en dicho motivo del recurso, el fiador, don Francisco, que ha pagado la deuda se subroga en el derecho de crédito del acreedor, ..., conforme al primero de aquellos artículos pero no queda liberado conforme al segundo, por haberse extinguido la hipoteca, pues ésta se extinguió por consolidación anteriormente en otro proceso y por otra relación jurídica.

En definitiva, el hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza. No así si se produce en otra, ya que el acreedor ..., que era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro, hipotecario pero la hipoteca ya estaba extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta.»

III. Una primera observación, es que la argumentación de la sentencia parece demasiado escueta en relación con la complejidad de la cuestión suscitada y con los múltiples matices que presenta el conflicto de intereses subyacente. Al margen de la cita de determinadas sentencias precedentes, ninguna de las cuales aborda directamente la cuestión ahora suscitada, toda su fundamentación se limita a las siguientes aseveraciones:

– La hipoteca se extingue desde que concurre en la misma persona las condiciones de acreedor hipotecario y propietario de la finca hipotecada.

– Esta concurrencia se produce por consecuencia de una relación jurídica distinta a la inherente al propio crédito hipotecario y garantizado con la fianza en cuestión, y de un procedimiento anterior.

– Para que actúe el art. 1.852 Cc, se presupone un acto del acreedor voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produzca en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza y no en otra, como ocurre en el presente caso.

IV. La primera de las afirmaciones reseñadas no parece que merezca especial consideración. Admitir la extinción automática de la hipoteca cuando concurren en la misma persona las cualidades de acreedor hipotecario y propietario de la cosa hipoteca, no comporta gran dificultad. Por una parte, no es previsible que el acreedor hipotecario vaya a ejecutar un bien que ya ha ingresado en su patrimonio, para el cobro de un crédito propio. Por otra, en nuestro Ordenamiento Jurídico es regla que la concurrencia en la misma persona de las cualidades de propietario de un bien y de titular de un derecho real limitado recayente sobre el mismo bien, es causa de extinción de éste último (cfr. arts. 513, 546 Cc, con relación al usufructo y a las servidumbres). Y a la misma conclusión conduce la inadmisión en nuestro Derecho de la hipoteca de propietario.

Conviene señalar que se trata de una regla no exenta de excepciones (por ej.: el supuesto de pertenencia del crédito hipotecario y de la finca hipotecada a la misma persona, pero integrados en distintos patrimonios –cfr. art. 1.023-3 y 1.192 Cc, etc.). Y, por otra parte, tampoco puede decirse que tal extinción por consolidación sea una exigencia inevitable en función de las características configuradoras de la hipoteca en nuestro Ordenamiento; ciertamente, al acreedor hipotecario de nada le sirve ya una garantía real sobre cosa que ha devenido propia; pero a ese acreedor hipotecario puede convenirle ceder ese crédito antes de su vencimiento, y cederlo, además, rodeado de garantía hipotecaria sobre la propia finca del banco; y a tal fin puede serle útil la subsistencia de la hipoteca preexistente, pues aunque el mismo objetivo se conseguiría –si la extinción por consolidación fuera inevitable legalmente– con la constitución de una nueva hipoteca, se ahorraría los costes inherentes a esta nueva constitución. Bien podría, pues, dejarse al arbitrio del acreedor la decisión sobre la extinción por confusión de la hipoteca que garantiza un crédito suyo y que recae sobre el bien que acaba de adquirir (advíertase cómo los arts. 190 y 210 RH presuponen la solicitud del interesado para la consignación registral de la extinción de un derecho por «confusión»).

V. Las verdaderas dificultades se producen en relación con las otras dos aseveraciones justificadoras del fallo que ahora se analiza. Estimo, contra el parecer del Tribunal Supremo, que la extinción de la hipoteca como consecuencia de la adquisición de la finca hipotecada por el banco acreedor sí es determinante para la extinción de la fianza simultáneamente constituida. Y, lo que es más importante aún, considero que la peculiar forma en que el acree-

dor hipotecario adquiere el bien hipotecado, no solo determina la extinción de la fianza sino, también, la de la propia obligación garantizada (una vez que se produzca su vencimiento y en la cuantía determinada por la cifra de cobertura hipotecaria). Veamos, por tanto, estos dos aspectos separada y detenidamente.

A) **SIGNIFICACIÓN DEL ACTO DE ADQUISICIÓN DEL BIEN HIPOTECADO POR EL ACREEDOR HIPOTECARIO, Y SU REPERCUSIÓN EN LAS EXPECTATIVAS DEL FIADOR**

Antes de abordar esta cuestión, parece conveniente destacar cómo ocurrieron efectivamente las cosas, a fin de dejar al margen disquisiciones propias de hipótesis diferentes a la ahora considerada, en la cual, mediante una única escritura pública se formaliza el préstamo, se constituye por *el propio prestatario* la garantía hipotecaria que lo aseguraba, y se otorga por un tercero la fianza que lo reforzaba doblemente. Ello, puesto en conexión con la normativa que rige la actuación notarial, en especial, con los arts. 193 y ss. RN, nos permite afirmar que ambas formas de garantía se constituyen en un solo acto. Es irrelevante a este efecto que la cláusula de constitución de la hipoteca preceda a la de afianzamiento en el orden de transcripción de las estipulaciones documentadas (lo normal es que así suceda) o se recoja después de ésta. La unidad de acto que preside el otorgamiento de la escritura, implica la simultaneidad de nacimiento del préstamo y de las dos garantías que lo refuerzan; el consentimiento de todos los interesados es prestado al mismo tiempo y cada uno de ellos conoce los términos en que los demás prestan dicho consentimiento; se está afianzando una deuda que al mismo tiempo se garantiza hipotecariamente por el propio deudor, y todo ello en presencia del acreedor que en ese mismo momento concede el préstamo y acepta la hipoteca y la fianza. El acreedor, por tanto, no puede ignorar que su fiador asume su compromiso a sabiendas de que, al mismo tiempo, el deudor lo garantiza hipotecariamente; y tampoco el deudor puede invocar tal desconocimiento, toda vez que está garantizando hipotecariamente una deuda propia que simultáneamente es avalada por el fiador.

Quedan, por tanto, excluidas hipótesis más conflictivas como, por ejemplo: aquellas en las que la fianza se presta en acto separado y posterior respecto de la hipoteca, ignorándose si el fiador conocía o no la existencia de esta última; aquellas en que la constitución de la fianza precede a la garantía hipotecaria; y, también, aquella otra en que la fianza y la hipoteca nacen simultáneamente pero esta última es constituida por persona distinta del deudor.

Delimitado así el supuesto considerado, debemos examinar ahora las implicaciones que para el desenvolvimiento de la fianza y para la fijación de la posición jurídica de ese fiador, derivarán de esa simultaneidad en la constitución de la fianza y la hipoteca.

Y llegados a este punto, lo primero que debe hacerse es recordar que nuestro Ordenamiento Jurídico, a falta de previsiones expresas que los interesados pudieran estipular al tiempo de la simultánea constitución de la fianza y la hipoteca, establece que el fiador que paga se subroga en el crédito satisfecho y en los derechos anexos como la hipoteca. Así se proclama de modo general para las hipótesis en que paga por otro quien tiene interés en el cumplimiento de la obligación (cfr. arts. 1.210 y 1.212 Cc); y se proclama tam-

bién de forma específica para el supuesto en el que quien paga es el fiador (cfr. art. 1.839 Cc). Como norma general, pues, el pago por el fiador no implica la extinción de la obligación afianzada como podría inferirse del art. 1.156 Cc; la obligación así satisfecha sigue vigente, pero se modifica su titularidad activa, que pasa a corresponder al fiador en los mismos términos, esto es, con los mismos derechos, privilegios y garantías que correspondían hasta ese momento al acreedor satisfecho.

Podría haberse dispuesto simplemente que el pago por el fiador extingue la obligación garantizada, sin perjuicio del derecho de repetición de éste contra el deudor, que es el obligado principal y el que tiene que soportar, en definitiva, el sacrificio económico en que la prestación consiste. Sin embargo, junto a este derecho de repetición, y a fin de dar mayores garantías de reembolso al fiador, se opta por mantener también la vigencia del mismo crédito afianzado y atribuirlo al fiador una vez que lo haya satisfecho. En virtud de este derecho de subrogación, el que afianza una deuda garantizada con hipoteca tiene mayores garantías de reembolsarse efectivamente si se ve obligado a pagar ante la reclamación del acreedor; además de contar para ello con la responsabilidad patrimonial universal del deudor, tiene la posibilidad de ejecutar el bien hipotecado y cobrarse con el precio de remate.

Obviamente, este derecho de subrogación no significa que la fianza nazca condicionada a la efectividad de la subrogación llegado el momento en que el fiador es requerido para pagar; el fiador no puede pretender la liberación de su compromiso si, llegado el momento del pago, se encuentra con que la hipoteca que aseguraba el crédito afianzado se ha extinguido naturalmente (por pérdida fortuita del bien hipotecado, por ejecución de una carga preferente a dicha hipoteca, por resolución del derecho del constituyente, etc.)¹. El derecho de subrogación del fiador únicamente significa que en los términos en que se encuentre el crédito afianzado para el acreedor, así lo recibirá el fiador que paga; si la hipoteca que garantizaba ese crédito afianzado se extingue naturalmente en el ínterin, del mismo modo que soporta esa pérdida el acreedor, así le ocurrirá también al fiador.

Ahora bien, que la fianza no quede condicionada al efectivo desenvolvimiento de la subrogación, no significa que durante el tiempo que media hasta el vencimiento de la obligación afianzada, el acreedor tenga plena libertad para decidir la suerte de esa hipoteca, debiendo el fiador estar y pasar por lo que haga dicho acreedor con la hipoteca, de modo que si éste decide renunciarla o extinguirla de cualquier otra forma, el fiador ha de conformarse con esta pérdida, subrogándose exclusivamente en un crédito simple. Cuando el fiador se compromete frente al acreedor, lo está haciendo sobre el presupuesto de que el crédito que afianza va a estar garantizado hipotecariamente, lo que al amparo del art. 1.839 Cc, le permite formarse la legítima expectativa de que si, producido el incumplimiento de la obligación, el acreedor decide ejercitar la fianza, él dispondrá de la hipoteca para su reembolso. Y esta legítima expectativa, que el acreedor no puede ignorar porque la fianza, la hipoteca y la obligación afianzada y garantizada hipotecariamente, surgen al

¹ Para que se produjese este resultado sería necesario pactarlo así expresamente al tiempo de constitución de la fianza (cfr. art. 1.255 Cc).

mismo tiempo², impone a dicho acreedor, cuando menos³, un deber de no impedir su normal desenvolvimiento, perjudicando voluntariamente una hipoteca que, como se ve, no aparece constituida en su exclusivo beneficio (aunque sí sea el principal destinatario).

A esta consecuencia conduce el principio general de nuestro Ordenamiento, de no dañar innecesariamente a otro, principio que tiene entre sus manifestaciones positivas, además, de las generales de la responsabilidad por el incumplimiento contractual (cfr. arts. 1.101 y ss. del Código Civil) y la responsabilidad aquiliana (cfr. arts. 1.902 y ss.), otras más específicas y atinentes al caso considerado como son:

- la exclusión de la renuncia en perjuicio de tercero (arts. 6, 1.001, 1.937 Cc),
- la exclusión del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (cfr. art. 6 Cc),
- o el deber de buena fe en el cumplimiento de los contratos (cfr. art. 1.258 Cc).

En efecto, si el titular de un derecho o el llamado a una herencia no puede renunciar aquel derecho ni repudiar este llamamiento, cuando con ello perjudica a terceros (a sus acreedores, por ejemplo), pese a que es el portador del interés que se trata de proteger con el reconocimiento de tal derecho subjetivo, o la persona a quien directamente quiso beneficiar el causante, tampoco resultaría admisible que el acreedor doblemente garantizado con hipoteca y fianza, pueda prescindir de la primera garantía porque así conviene a sus intereses, cuando con ello no haría sino perjudicar al fiador; máxime si se tiene en cuenta que por efecto del propio contrato de fianza el acreedor adquiere frente al fiador el deber de comportarse de buena fe y de no agravar su posición jurídica.

Pues bien, resulta que este deber del acreedor de no perjudicar la condición del crédito que pretende hacer efectivo contra el fiador, a fin de possibilitar la subrogación de éste en todos los derechos anexos a dicho crédito afianzado, no solo puede inducirse de los principios generales, sino que, además, aparece específicamente reconocido en el art. 1.852 Cc, cuando señala que los fiadores quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Conforme a este precepto, si al acreedor puede imputarse la imposibilidad de subrogación del fiador en los derechos anexos del crédito que se ha comprometido a pagar, la respuesta legal es la extinción de la fianza⁴.

² Recuérdese que hemos apartado de nuestro análisis la hipótesis en que la hipoteca nace después del crédito y aquella otra en que el fiador desconoce la existencia de la garantía hipotecaria del crédito que afianza, al tiempo de prestar su compromiso.

³ No es necesario al objeto de este comentario, examinar si en virtud de esa expectativa de subrogación, el acreedor tiene además un deber activo de velar por la subsistencia de la hipoteca, de impedir su deterioro o extinción.

⁴ Podría pensarse que esta sanción es un poco fuerte, pero es que no hay otra alternativa; ciertamente, el fiador nada podría oponer a la extinción de la hipoteca con subsistencia íntegra de su compromiso, si se le procurase una garantía de reembolso de similar eficacia a la hipoteca originaria que ahora se extinguirá, pero tal solución es inviable porque no puede exigirse al deudor la prestación de una nueva garantía, dado que no fue él quien provoca tal extinción; y no tiene sentido que el propio acreedor la constituya para cubrir al fiador el reembolso de lo que el propio constituyente pueda reclamarle.

Podría invocarse también que una solución posible es permitir al acreedor proceder contra el fiador, pese a serle imputable la extinción de la hipoteca, correspondiendo al fia-

En cuanto al fundamento de este precepto, es conveniente traer aquí la opinión manifestada por Fragali al comentar el art. 1.955 del Código Civil italiano de 1942 (equivalente al art. 1.852 de nuestro Cc)⁵: «La norma surge de la misma estructura de la fianza; el fiador intercede en una obligación ajena, pero en virtud de una relación jurídica en la cual es elemento constitutivo su derecho de reintegro y subrogación; si este último elemento es perturbado por obra del acreedor, es éste quien debe soportar la consecuencia, y no el deudor. Si la subrogación que corresponde al fiador ha sido lesionada, se opera un cambio en las condiciones de actuación de la obligación garantizada existentes al tiempo de constituirse la fianza y que fueron tenidas en cuenta al asumir ésta, presumiendo que podría contar con todos los derechos y acciones del acreedor a efectos de resarcirse de lo que eventualmente deba pagar. Si esto se hace imposible por hecho del acreedor, el perjuicio del fiador solo se recompensa con la extinción de la fianza. Está implícito en la propia relación de fianza, un deber jurídico del acreedor de desenvolver una determinada diligencia, de observar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, hipotecas y privilegios del crédito, sancionándose su incumplimiento con la extinción de la fianza, como fórmula más adecuada para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.»

Toca analizar ahora el concreto alcance de este precepto, y en este sentido, es evidente que la tarea debe iniciarse con el examen de su propio tenor literal (cfr. art. 3 Cc, que recoge como primer criterio interpretativo de la norma, el «sentido propio» de las palabras empleadas). Pues bien, la dicción del precepto no puede ser más concluyente. El presupuesto de aplicación de esta norma es sencillamente la concurrencia de un hecho del acreedor que impide la subrogación del fiador en la hipoteca que reforzaba la deuda afianzada. No se establece ninguna cualificación adicional expresa a ese hecho para que se opere el efecto liberatorio. No se definen requisitos adicionales que han de concurrir en el hecho determinante de la aplicación del precepto, como puede ser la ilicitud⁶; la intención indubitada de provocar la imposibilidad de subrogación; el conocimiento por el acreedor de esta consecuencia extintiva de la fianza que la ley anudaría al hecho realizado (cfr. art. 6 Cc); la existencia de un cierto grado de negligencia en el comportamiento del acreedor determinante de la imposibilidad de subrogación⁷; la existencia de un

dor el deber de intentar el reembolso frente al propio deudor, y sólo en el caso de que fracase este intento, pueda volverse contra el acreedor para que le devuelva lo abonado. Pero bien se advierte que permitir este rodeo es un derroche de medios y costes innecesario, pues si el deudor es insolvente, es el acreedor el que se quedará, en definitiva, insatisfecho, siendo inútil mantener al fiador atado a un juego de ida y vuelta tan estéril

⁵ Opinión que en términos ratificatorios recogen: Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, sexta edición, T. II, p. 529; y GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de Edersa, T. XXIII, pp. 407 y ss.

⁶ Naturalmente, nos referimos ahora a una ilicitud por razón distinta de la que deriva del incumplimiento de ese deber de no menoscabar los derechos anexos al crédito afianzado.

⁷ No es preciso que la actuación del acreedor provocadora de la imposibilidad de la subrogación incida en cierto grado de negligencia. Si se tratara de un mero castigo de la negligencia del acreedor, sería innecesario un precepto específico como el art. 1.852 Cc; bastaría con los preceptos generales que hacen al causante de un daño, responsable de su reparación. Conforme al art. 1.902 Cc, si con malicia o negligencia, alguien impide al fiador resarcirse del pago hecho por el deudor, mediante su subrogación en la hipoteca que garantizaba esta deuda (por ejemplo, porque destruye la cosa hipotecada), ese alguien deberá reparar el daño causado, esto es, deberá resarcir al fiador si éste se ve obligado a pagar, sin perjuicio del derecho posterior del que causó ese daño, al regreso contra el propio deudor. Y si ese alguien es el propio acreedor, ¿para qué imponerle tal deber de

eventual beneficio para el acreedor como consecuencia de la extinción de esos derechos anexos⁸; etc. Y como dice el clásico aforismo hermenéutico, «donde la ley no distingue, no debe hacerlo el interprete». Será suficiente, por consecuencia, que se trate de un hecho voluntario, libre e imputable al acreedor –amén, claro está, de la existencia de una indubitada relación de causalidad entre dicho hecho y la imposibilidad de subrogación del fiador–⁹.

Esta conclusión ya nos debe poner en guardia frente al escueto y no fundamentado argumento de la sentencia analizada, de que tal hecho debe «producirse en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza». Si, como acabamos de ver, el art. 1.852 Cc, no establece ninguna restricción al definir qué tipo de hechos del acreedor son los que pueden provocar la imposibilidad de subrogación, ¿con qué fundamento se restringe el ámbito de aplicación del precepto al excluir los hechos del acreedor que se producen al margen de la relación jurídica en que se inserta la fianza¹⁰?

Por otra parte, no puede dejar de observarse que la extrema complejidad de la relación jurídica de la que nace la fianza y la pluralidad de sujetos concernidos, hace verdaderamente difícil decidir cuándo un hecho del acreedor que impide o menoscaba el juego subrogatorio a favor del fiador, se produce en el ámbito propio de desenvolvimiento de aquella relación o es ajeno al mismo. Desde luego que la compra de la finca hipotecada por el acreedor

resarcimiento? ¿no basta con privarle de acción contra el fiador? (no tendría sentido permitirle que reclame al fiador lo que éste puede después reclamarle; la *exceptio doli* es aquí claramente aplicable). En el mismo sentido, podría invocarse también la aplicación de los arts. 1.101 y ss. Cc, en la medida en que entre el acreedor y el fiador hay una innegable relación contractual –la de fianza– por la que aquel queda obligado a no perjudicarle en sus legítimas expectativas subrogatorias (cfr. art. 1.258 Cc).

Podrá discutirse si se precisa alguna dosis de negligencia cuando se pretende aplicar el art. 1.852 Cc a hipótesis en que la imposibilidad de subrogación del fiador deriva de actitudes pasivas del acreedor. Mas, tratándose de hechos positivos no hay argumento para presuponer la negligencia; el hecho legítimo, voluntaria y libremente realizado, es idóneo al efecto.

⁸ Tanto se producirá la liberación del fiador si el acreedor libera el bien hipotecado para que su propietario lo afecte luego a la cobertura hipotecaria de otro crédito del aquel mismo titular de más inseguro cobro, como si la renuncia a la hipoteca se produce gratuitamente, pueda hacerlo sin contar con el fiador, aunque aceptando la pérdida de toda acción contra él?

⁹ Como ha señalado en varias ocasiones la propia jurisprudencia del TS, basta un hecho personal y directo del propio acreedor y anterior al pago por el fiador (vid sentencias de 20-12-1910; 7-10-1933 y 9-10-1962).

En el mismo sentido se pronuncia Díez PICAZO, para quien basta cualquier conducta del acreedor que le sea imputable y que no obedezca a un caso fortuito; pudiendo ser tanto una actividad voluntaria, dolosa o simplemente negligente (*Fundamentos de Derecho Patrimonial*, T, II, p. 530). En el mismo sentido, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, II, 3.º, p. 340).

¹⁰ Repárese además, en lo incongruente que resulta excluir del ámbito del art. 1.852 Cc, los hechos del acreedor que se desenvuelven al margen de la relación jurídica en la que se ha dado la fianza. Si como hemos dicho, los contratantes quedan obligados, por efecto del propio contrato, a cumplir lo expresamente pactado, y deben comportarse de buena fe en el cumplimiento de sus compromisos (cfr. arts. 1.091, 127 1.258 Cc), respondiendo de los daños que causen si en tal cumplimiento incurrían en negligencia, dolo o morosidad, (cfr. arts. 1.101 y ss. Cc), ¿no será más lógico entender que el art. 1852 Cc, estaría contemplando los hechos del acreedor ajenos al desenvolvimiento de esa relación negocial en que se generó la fianza, pues para los que se produzcan en tal desenvolvimiento, las normas generales de la contratación ya le imponen el deber de respetar ese derecho de subrogación del fiador, y sancionan su vulneración con el derecho de reparación (que no puede consistir sino en la extinción de la fianza)?

hipotecario y afianzado, no es una circunstancia que acontezca ordinariamente en el desenvolvimiento de la situación jurídica generada por la doble garantía, hipotecaria y personal, de un crédito; pero considerar por ello que aquella compra queda al margen de la relación en que se presta la fianza cuando tan decisivamente puede afectar al fiador, no parece muy fundado. Además, si se aceptare el planteamiento del Tribunal Supremo, ¿qué habría de decirse en otros supuestos similares al ahora considerado, en punto a su conexión con la relación jurídica en la que la fianza es prestada, como, por ejemplo, aquel en que la finca hipotecada se pierde como consecuencia de la realización por el acreedor hipotecario de obras en su propiedad colindante?

A mi juicio, asentar el fallo en la simple invocación de que tales hechos quedan al margen del art. 1.852 Cc, es eludir una verdadera argumentación, pues aun aceptando que la compra de la finca hipotecada por el acreedor hipotecario es un hecho ajeno a la relación jurídica en la que nace la fianza, no se seguiría de ello una determinada solución; mientras no se fijen las razones por las que tales hechos han de quedar al margen del art. 1.852 Cc, no se está dando ninguna razón de la decisión que se adopta.

Por esta consideración que se acaba de exponer, y porque creo que lo decisivo para la operatividad de ese precepto no es el ámbito en que se desenvuelve el hecho del acreedor, sino exclusivamente su repercusión en las posibilidades subrogatorias del fiador¹¹ ¹², estimo innecesario detenerse en la resolución de cuestiones ficticias como serían el determinar cuando un hecho del acreedor es ajeno a la relación en la que nace la fianza, o el decidir cuales son los motivos para que esta ajenidad pueda determinar la no aplicación del precepto citado¹³; por el contrario, creo que debe abordarse directamente el análisis de la verdadera sustantividad y significación del concreto hecho considerado, la adquisición del bien hipotecado por el acreedor hipotecario, y decidir en consecuencia si procede o no la pérdida de la fianza.

Para ello conviene hacer una precisión previa sobre la verdadera significación de la extinción de un derecho por consolidación.

Se trata de una causa de extinción de los derechos reales limitativos del dominio (cfr. arts. 513 y 546 Cc), que tiene una explicación simple: puesto que el derecho real limitado implica una sustracción al dominio de alguna o algunas de sus facultades, que pasan a configurarse como un derecho nuevo, nada más lógico que la reunión en una misma persona de aquel derecho y del dominio gravado¹⁴, provoque la plenificación de este último (en coherencia

¹¹ Como señala García Goyena al justificar el antecedente de este precepto en el Proyecto de Código Civil de 1851 «Por ser la subrogación de derecho, si no puede realizarse por el hecho o culpa del acreedor, no debe a éste ser permitido perseguir al fiador; la regla de Derecho es que a cada cual dañe su culpa y que por hecho ajeno no puede empeorarse mi condición» (Comentarios y Concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851).

¹² ¡Que más dará que el ámbito donde se produzca ese hecho, si de lo que se trata es de evitar que el acreedor haga perder al fiador la vía subrogatoria en los derechos anexos al crédito afianzado y cuyo paga pretende exigirle;

¹³ La diversidad de los hechos que de seguir el razonamiento del Tribunal Supremo, podrían considerarse al margen de la relación jurídica en la que nace la fianza (donación o legado de la finca hipotecada al acreedor hipotecario; destrucción involuntaria, etc.), anuncia verdaderas dificultades para encontrar notas comunes entre ellos, que justifiquen su exclusión del art. 1.852 Cc.

¹⁴ El derecho real limitado debe pertenecer íntegra y exclusivamente a quien adquiere el dominio gravado. Si aquel y éste pertenecen a distintos patrimonios de un mismo sujeto, no se produce tal consolidación (así resulta del art. 1.023-3 Cc para el caso de que esos dos patrimonios sean el personal y el hereditario adquirido a beneficio de inventario, por ejemplo). Y tampoco se produce cuando el derecho real limitado está gravado (cfr. art. 107-1 LH sobre el que luego volveremos) o pertenece a varias personas conjuntamente (cfr. art. 521 Cc).

con su potencialidad expansiva sobre todas las facultades posibles recayentes sobre una cosa), esto es, la absorción por el dominio gravado de aquellas facultades que hasta ese momento constituían un derecho diferenciado, desapareciendo este último y recobrando el dominio su plenitud.

Ahora bien, conviene advertir que este fenómeno de la consolidación no implica para el titular del derecho real limitativo que se extingue, la pérdida de las facultades que lo integraban; éstas le siguen perteneciendo, pero no como configuradoras de un derecho diferenciado, sino integradas en un dominio que antes aparecía gravado y ahora es pleno. Esta idea, como veremos, es de suma trascendencia a nuestros efectos.

En efecto, si aplicamos esta idea al derecho de hipoteca, que es indudablemente un derecho real limitativo del dominio –y que, por tanto, representa una parte del contenido jurídico ordinario del derecho hipotecado, y una parte del valor que le correspondería si estuviera libre–, observamos lo siguiente: cuando el acreedor hipotecario adquiere el bien hipotecado, las facultades que configuraban aquel derecho de hipoteca no se pierden para el acreedor, sino que se integran en ese dominio gravado que ha adquirido sobre el bien hipotecado, que pasa a ser así un dominio pleno, libre. Las facultades que integraban ese derecho de hipoteca no se volatilizan en perjuicio del acreedor hipotecario que adquiere el bien hipotecado; son absorbidas por ese dominio hasta entonces gravado que recae sobre el bien hipotecado y, gracias a ello, este dominio se extiende, se plenifica, aumenta su sustantividad económica y jurídica, al absorber la sustantividad jurídica y económica de la hipoteca¹⁵. El dominio pleno que ahora tiene el acreedor sobre el bien, es el resultado de una refundición del dominio gravado que adquiere y del derecho de hipoteca que tenía anteriormente; es, por tanto, la suma de dos partes antes diferenciadas jurídicamente –hipoteca y dominio gravado–, a cada de las cuales correspondía un determinado valor económico.

Admitido este presupuesto, resultará evidente que cuando el acreedor hipotecario que adquirió legítimamente el bien hipotecado, cobre del fiador, no podrá transmitirle ya la hipoteca que garantizaba originariamente el crédito cobrado porque esta hipoteca ya no tiene existencia jurídica independiente, al estar refundida con el dominio del bien hipotecado; pero lo que no es menos evidente es que esa imposibilidad de transmisión formal de la hipoteca se debe a que el acreedor ha hecho suya la sustancia de tal derecho, la ha incorporado a su patrimonio y en él pretende retenerla. Ha metamorfoseado la hipoteca en el complemento de un dominio que hasta ese momento aparecía gravado y que gracias a ello se plenifica. Y en tales términos, nos preguntamos, ¿es asumible que el fiador tenga que soportar el pago en virtud de su compromiso, a pesar de que no va a contar con tan importante garantía de reembolso como era la hipoteca, sólo porque el acreedor, que estaba obligado a cedérsela con el crédito que le cobrara, la ha incorporado a su patrimonio, la ha subsumido en él engrandeciéndolo?

Nos parece claro que la respuesta no puede ser sino negativa; si conforme al art. 1.852 Cc, es indudable que cuando el acreedor impide por causa voluntaria el juego subrogatario del fiador en los derechos anexos al crédito que

¹⁵ Ciertamente, la hipoteca al confluir con el dominio del bien hipotecado, experimenta una metamorfosis; las facultades que la integraban no subsisten tal cual sino que se transforman en la argamasa que rellena el hueco que la hipoteca suponía en el contenido ordinario del dominio sobre el bien hipotecado; este dominio, por tanto, se agranda, se mejora al recibir el contenido del derecho de hipoteca.

afianza, pierde la fianza, aun cuando esos derechos anexos se hubieren perdido también en detrimento suyo (por ejemplo, porque los renuncia), con cuánta mayor razón debe producirse ese mismo efecto si la extinción de esos derechos anexos comporta para el acreedor un enriquecimiento indubitado y ello es, además, el efecto de una decisión suya absolutamente voluntaria y libre!

Confirma esta solución la respuesta negativa expresa que el Ordenamiento Español da a una hipótesis similar, cual es la de la extinción voluntaria del usufructo hipotecado: el usufructuario que tiene su derecho hipotecado no puede provocar la extinción de tal hipoteca so pretexto de la extinción del derecho gravado cuando adquiere la nuda propiedad (cfr. art. 107-1 LH)¹⁶. Quizás se alegue que el acreedor con hipoteca sobre el usufructo tiene un derecho actual y real sobre el usufructo que impide operar la propia consolidación, al no ser ya el usufructuario titular exclusivo de todas las facultades que integran el usufructo; y que, en cambio, el fiador no tiene un derecho actual sobre la hipoteca que garantiza el crédito afianzado, sino una mera expectativa de titularidad futura cuando pague. Pero con ser cierta esta diferencia, no puede dejar de advertirse que la solución inherente al art. 107.1 LH, no está fundada tanto en esa imposibilidad de consolidación (claramente se establece que los derechos sobre el usufructo se extinguen con éste –cfr. art. 480 Cc– y que el usufructo lo hace por consolidación –cfr. art. 513 Cc), como en el rechazo del injustificado enriquecimiento que a expensas del acreedor hipotecario obtendría así el usufructuario, que sin perder las facultades que integran ese usufructo (las que se integran en la nuda propiedad adquirida, plenificándola), las haría libres del gravamen hipotecario. Y este rechazo es igualmente justificado en el supuesto considerado: si el usufructuario no puede liberarse de la hipoteca que grava su derecho, so pretexto de la adquisición de la nuda propiedad y consiguiente consolidación, tampoco el acreedor hipotecario debe poder eximirse gratuitamente de su deber de ceder tal hipoteca cuando cobra el crédito al fiador, so pretexto de que la hipoteca se ha consolidado, pues tal consolidación ha supuesto para él un inequívoco enriquecimiento, un claro engrandecimiento de su propio patrimonio.

Si se quiere otra confirmación de tipo práctico sobre la indudable inclusión en el art. 1.852 Cc del supuesto de la sentencia examinada, piénsese en la siguiente hipótesis: acreedor hipotecario que compra el bien hipotecado para una sociedad que es suya al 100 %. Aquí, la interposición de esa persona jurídica societaria impide, obviamente, la consolidación, y el acreedor, cuando cobra al fiador, no puede oponerse a la cesión del crédito cobrado con su hipoteca. Pero prescindiendo de este argumento meramente formal de la no consolidación, ¿no es claro que desde una perspectiva económica que ignore el velo que supone la interposición de esa persona jurídica, la situación patrimonial global del acreedor debería quedar igual en ambos casos, pues su sacrificio económico es idéntico? Por el contrario, con el fallo analizado, el resultado es bien diferente: el acreedor, en el caso de la sentencia y conforme a su fallo, se quedaría con la fianza y con un dominio pleno sobre el bien originariamente hipotecado; en el caso propuesto, el acreedor conserva la fianza pero su sociedad queda con un dominio gravado y puede verse en la tesitura de sufrir la ejecución por el fiador del bien adquirido si el deudor es insolvente.

¹⁶ Idéntico trato ha de darse al supuesto en que el acreedor hipotecario que tiene su derecho de hipoteca subhipotecado (cfr. art. 107.4 LH), adquiere el bien hipotecado.

Por todo ello, creo que el TS yerra claramente al estimar en el caso contemplado que la extinción de la hipoteca por consolidación se produce sin detrimento de la fianza que subsiste en toda su extensión¹⁷. Pero con todo, no es éste el único, ni siquiera el principal, motivo para rechazar su decisión. Hay aun una razón adicional y más contundente, si cabe, para este rechazo; razón que, además, viene a poner de manifiesto cómo dicho fallo adolece de una adecuada ponderación de la situación fáctica subyacente, y de una valoración detenida del conflicto de intereses concurrente, con evidente menoscabo de la posición jurídica del fiador. Me estoy refiriendo ahora a las implicaciones inherentes a la concreta forma en que el acreedor hipotecario del supuesto contemplado adquiere la finca hipotecada, pues a mi parecer, éstas determinaron no solo la extinción de la fianza sino también la de la propia deuda doblemente garantizada una vez producido su vencimiento y en la cuantía equivalente al importe garantizado con la hipoteca; de modo que el banco acreedor, al haber obtenido del fiador el pago de la deuda como consecuencia de la ejecución 16/96, estaba, en realidad, recibiendo lo que ya no se le debía, constituyéndose, por tanto, en la obligación de restituirlo (cfr. art. 1.985 y ss. CC); obligación que, de resultar aplicable el art. 1.964 Cc, estaría aún vigente. Pasemos, pues, al examen de esta nueva consideración.

B) CONSECUENCIAS INHERENTES A LA ESPECÍFICA FORMA EN QUE EL ACREEDOR DOBLEMENTE GARANTIZADO ADQUIERE EL BIEN DADO EN GARANTÍA HIPOTECARIA DE SU CRÉDITO

1. Recordemos que el banco B adquiere la finca originariamente hipotecada en garantía de su crédito, por adjudicación en una subasta judicial celebrada en autos de juicio ejecutivo 389/94, en el que se trabó embargo de aquella finca el 16 de marzo de 1995. Aunque no consta la fecha de su inscripción, hay que suponer, por exigencia de la hipótesis considerada, que aquella hipoteca (constituída en escritura pública de 23-9-1992) es anterior a ese embargo.

Pues bien, así centrada la cuestión, el primer interrogante que debemos resolver es el siguiente: ¿Qué derechos tiene contra el deudor el que adquiriendo una finca hipotecada se ve obligado a pagar la deuda garantizada o a soportar la ejecución del bien adquirido? ¿Podrá dirigirse contra aquel para resarcirse de lo así pagado, o carece ya de todo derecho de reembolso?

De entrada, debe descartarse una asimilación total entre el adquirente de finca hipotecada y el que da su finca en garantía de una deuda ajena. Este último, si se ve obligado a pagar esa deuda o a soportar la ejecución del bien hipotecado, indudablemente puede reclamar del deudor el importe de lo pagado, y cuenta para ello con una doble acción: la de repetición, que corresponde al que paga una deuda ajena (cfr. art. 1.158 Cc), y la subrogación en el crédito satisfecho y en todos sus derechos anexos (cfr. arts. 1.210 y 1.212, y, por analogía, los arts. 1.838, 1.839, todos ellos del Cc).

¹⁷ Llevando las cosas al absurdo, el argumento del TS de que la extinción de la garantía, como es por causa ajena a la relación jurídica negociada, no debe operar en perjuicio del acreedor, permitiría al acreedor exigir, al amparo del art. 1.129 Cc, y desde el momento de la adquisición por él del bien hipotecado, ya el vencimiento anticipado de la obligación, ya la sustitución de la garantía hipotecaria extinguida.

La posición del adquirente de finca ya hipotecada, en cambio, dependerá de los términos en que verificara su adquisición:

– Parece evidente que si ese adquirente de finca ya hipotecada pagó su íntegro valor de mercado, sin deducción alguna por razón de la existencia de esa hipoteca (hipótesis verdaderamente excepcional), su posición debe ser idéntica a la del hipotecante en garantía de deuda ajena, siendo indiferente a este respecto que hubiere adquirido de un hipotecante no deudor (en cuya íntegra posición jurídica se subroga) o del propio deudor e hipotecante. Desembolsó por la adquisición de la finca hipotecada todo lo que valía, y ahora, además, está pagando una deuda ajena; por tanto, tiene derecho a resarcirse frente al deudor, que es el obligado al pago.

– En cambio, si ese adquirente de finca hipotecada pagó por ella solamente la diferencia entre su valor de mercado y el importe de la deuda garantizada, reteniendo este importe sin asumir la titularidad pasiva de aquella deuda, la respuesta, evidentemente, no puede ser la misma que en la hipótesis anterior. Ciertamente, la deuda garantizada sigue siendo ajena, y si ese adquirente se ve obligado a soportar la ejecución de la hipoteca o paga para prevenirla, está pagando una deuda ajena. Pero hay una importante diferencia entre esta hipótesis y la anteriormente considerada, que impone la diversidad de trato: el adquirente que retiene o descuenta el importe de la deuda garantizada con la hipoteca, está recibiendo por esa vía, anticipadamente y del transmitente (sea el hipotecante no deudor o el propio deudor e hipotecante), fondos necesarios para atender en su momento al pago de la deuda garantizada con el bien que adquiere, de modo que cuando realice este pago (soportando la ejecución de la hipoteca o pagando anticipadamente al acreedor para evitarla), nada podrá ya reclamar. Jurídicamente, no ha lugar a reintegro alguno a favor de este adquirente del bien hipotecado por el hecho de pagar una deuda ajena (así lo presuponen inequívocamente los arts. 118 LH¹⁸ y 231 de su Reglamento), pues este reintegro se había realizado en su favor anticipadamente¹⁹; y económicamente ha quedado en la misma posición que tenía antes de adquirir el bien hipotecado^{20 21}.

¹⁸ Adviértase que según este precepto, si el que paga la deuda garantizada con hipoteca es el propio deudor, se subroga en el crédito así satisfecho y en la hipoteca, contra el que adquirió el bien con retención o descuento.

¹⁹ Le ocurre lo mismo que al mandatario que paga una deuda del mandante habiendo recibido previamente la oportuna provisión de fondos; no tiene derecho de reembolso (cfr. art. 1.728 Cc). Y es de advertir la similitud entre esta figura del mandato y el compromiso que para el adquirente de finca hipotecada va implícito en la retención o descuento.

²⁰ Si este adquirente que compró una finca que valía 100, y que estaba hipotecada por 50, pagando solo 50, pierde después la finca en la ejecución de la hipoteca, lo normal es que recupere las 50 pagadas por vía de recepción del remanente del precio del remate producido en la ejecución de esa hipoteca, luego de pagado el actor. Este remate previsiblemente será de 100, pues éste es el valor de la finca y el rematante la adquiere libre; pero si el precio de tal remate no alcanza los 100, la pérdida inherente al menor remanente, será imputable exclusivamente al adquirente de la finca hipotecada (su estimación sobre el valor de la finca que adquirió no se confirmó después en la subasta), lo mismo que sería para él la ganancia si el precio de tal remate excediera de 100.

²¹ Aunque no sea ya muy relevante a los efectos de la sentencia que se comenta, conviene hacer algunas precisiones adicionales; y es que el hecho de que este adquirente del bien hipotecado que no paga su íntegro valor sino la diferencia entre éste y el importe de la obligación garantizada, no tenga ya derecho de reintegración frente a nadie no significa que estén agotadas todas las consecuencias inherentes a la constitución de la hipoteca. Así lo será cuando quien trasmitió la finca hipotecada era el propio deudor-hipotecante, pues en tal caso, el adquirente de la finca hipotecada que paga por él la deuda garantizada lo está hacien-

Aceptada esta diferencia de trato entre el adquirente de finca hipotecada que paga su íntegro valor y el que retiene o descuenta del precio acordado el importe de la obligación garantizada con esa hipoteca, el paso siguiente es determinar que es lo que ocurre cuando la adquisición de finca hipotecada se produce en el seno de una ejecución judicial de dicha finca por consecuencia de una carga posterior. Y es que, en tal caso, cuando se puja, se señala una única cantidad que ha de abonarse íntegramente, y no se hacen más especificaciones, a diferencia de lo que ocurre en las transmisiones realizadas de forma voluntaria y onerosa, en las que las partes fijan un precio que lógicamente corresponderá al valor de mercado de la finca y, luego, especifican que parte de él –lo correspondiente al importe de la obligación garantizada con la hipoteca– se retiene o descuenta por el adquirente para hacer frente al pago cuando corresponda, abonando el resto en la forma que convengan. En consecuencia, es de suma importancia, a nuestros efectos, definir cuál es la verdadera contraprestación del rematante en las adquisiciones realizadas en subasta judicial cuando el bien rematado tiene cargas preferentes a la ejecutada; es necesario precisar si su posición jurídica se asemeja a la del que compra la finca hipotecada pagando por ella su íntegro valor de mercado sin deducir nada por razón de la hipoteca, o a la del que retiene o descuenta del precio pactado (el que lógicamente se aproximará, si no coincidirá, con el valor de mercado), el importe de la deuda garantizada con hipoteca. Y a este respecto, debemos tener en cuenta que la legislación a considerar en este momento será la LEC de 1881, modificada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y con las implicaciones derivadas del art. 133 de la LH entonces vigente, dado que en nuestra hipótesis, el procedimiento judicial en el que adquiere la finca el banco es el ejecutivo 389/94, y la adjudicación se fecha el 12 de julio de 1996.

Pues bien, de conformidad con esta normativa, iniciado el procedimiento de apremio, si los bienes embargados son inmuebles, se procederá, luego de realizar las actuaciones prevenidas en los arts. 1.489 a 1.493 LEC citada²², al avalúo del bien embargado (cfr. art. 1.494), en la forma fijada por los arts. 1.483 y ss. conforme a los cuales, parece claro que se trata de fijar el

do con fondos que recibió previamente del propio deudor; de modo que con tal pago se extingue al mismo tiempo la hipoteca y la deuda garantizada. Si, por el contrario, quien transmitió la finca hipotecada era un hipotecante no deudor, es evidente que cuando el adquirente de dicha finca soporte la ejecución o pague para evitarla, el deudor no debe quedar libre, pues su patrimonio –que es el que debe afrontar el pago definitivo– no ha sufrido mengua alguna hasta ese momento; quien hasta ese momento ha soportado todo el sacrificio económico inherente al pago al acreedor hipotecario que ejecutó la hipoteca o que cobró su importe, no es ni el deudor ni el adquirente de la finca hipotecada que soportó su ejecución o pagó para prevenirla, sino el que originariamente constituyó la hipoteca en garantía de deuda ajena y que luego vendió la finca hipotecada por la diferencia entre su valor de mercado y el importe de la deuda garantizada; es este constituyente originario quien, pese a haberse desprendido de la finca hipotecada, sigue teniendo el derecho a reintegrarse del deudor; y cuando así lo haya conseguido, quedarán las cosas definitivamente zanjadas. El que compra la finca hipotecada al hipotecante no deudor con retención o descuento, recibe de éste, en ese momento, los fondos para hacer frente a la deuda garantizada, por lo que asume frente a él el compromiso de pagarla; por tanto, cuando así lo haga, el derecho de reintegro frente al deudor no ha de corresponder al adquirente que paga, sino a su transmitente.

²² Estas actuaciones consisten en la petición de certificación registral, notificación a titulares de derechos o cargas posteriores al ejecutado, presentación de títulos o requerimientos a tal efecto.

valor real del bien sin tener en cuenta las cargas que pesen sobre el mismo²³. El valor así fijado servirá de tipo a la subasta (cfr. art. 1.483 y 1.500, párrafo primero), no admitiéndose en la primera, posturas que no cubran dos terceras partes del mismo (cfr. art. 1.499)²⁴. Y se advierte al postor que «las cargas anteriores a la ejecutada subsisten, sin destinarse a su extinción el precio de remate», «entendiéndose que el rematante las acepta» y «que queda subrogado en la responsabilidad derivada de las mismas», y «en la obligación de satisfacerlas» (cfr. reglas 8.^a, 10.^a, 11.^a y 13.^a del art. 131 LH, según redacción dada en 1909²⁵ y mantenida en 1944; reglas que a partir de la reforma hipotecaria de 1944-1946, se aplicarán también a toda ejecución judicial por imperativo de la nueva redacción que con ocasión de esta reforma se da al art. 133 LH²⁶).

A la vista de estos preceptos, la doctrina mayoritaria considera que el rematante de finca sujeta a cargas preferentes a la ejecutada se convierte en el nuevo titular pasivo de la obligación garantizada por la carga anterior o preferente, de modo que el deudor originario queda liberado, ocupando su lugar el que adquiere el bien en la ejecución de la carga posterior. De acuerdo a esta opinión, en el supuesto examinado, la deuda garantizada con la hipoteca recayente sobre el bien adquirido por el banco B, en el ejecutivo 389/94, se extinguiría por confusión, al concurrir en la misma persona del adquirente las cualidades de acreedor y deudor (cfr. art. 1.192 Cc). Y extinguida la deuda, quedaría también extinguida la fianza, por imperativo del art. 1.847 Cc.

Ciertamente, es difícil compartir esa doctrina que coloca al adquirente de la finca ejecutada en la condición de titular pasivo de la obligación garantiza-

²³ Sobre este particular no parece haber dudas, pues:

a) los arts. 1.483 y ss. están contemplando directamente la tasación de bienes muebles, en los que no cabe la cabalgata de cargas o gravámenes.

b) debe recordarse que los arts. 1.483 y ss. proceden de la originaria LEC de 1881, en la cual se adoptaba el principio de purga total, y en la que la liquidación de cargas se efectuaba una vez aprobado el remate (cfr. art. 1513).

c) tal criterio se confirma en el art. 639.3 LEC vigente.

Ciertamente, puede resultar sorprendente que si del valor fijado por los peritos tasadores no debe deducirse el importe de las cargas preferentes, se mantenga la inadmisión en primera subasta de posturas que no cubran dos tercios de aquél, habida cuenta que aquellas cargas preferentes pueden exceder del tercio. Pero repárese que esas cargas preferentes pueden ser mera apariencia registral, y que entonces no había trámite procesal – a diferencia de lo que hoy se prevé en el art. 657 de la nueva LEC de 2000– que permita comprobar su vigencia extrarregistral y efectivo importe. En la actualidad, esta disfunción queda eliminada por el art. 666 LEC vigente. Para la situación anterior, hemos de entender que a pesar de la literalidad de los artículos 1.483 y 1.500, la postura mínima admisible debería ser la que cubriera dos terceras partes de la diferencia entre el valor fijado por los peritos y el importe registral de las cargas anteriores.

²⁴ Nos remitimos aquí a lo dicho en nota precedente.

²⁵ Antes de esta reforma de 1909, el criterio seguido es el de purga o liberación total, cualquiera que fuere la carga ejecutada; la finca pasaba al rematante libre de toda carga, salvo censos y otras cargas perpetuas, aunque cuando se estuviere ejecutando una segunda o posterior hipoteca. Es con ocasión de esta reforma cuando se acoge el nuevo criterio de purga parcial, aunque inicialmente sólo se adopta para para el nuevo procedimiento de ejecución de las hipotecas que se va a introducir, el entonces denominado «procedimiento judicial sumario».

²⁶ Es irrelevante que con ocasión de la reforma de la LEC de 1992, no se acogiera también en la nueva redacción dada al art. 1.512 de dicha ley, la expresión «subrogarse en la obligación de satisfacer las cargas preferentes», incluyendo únicamente la frase «subrogándose en la responsabilidad derivada de las mismas (esas cargas preferentes)». Una y otra expresión deben entenderse aplicables por imperativo del art. 133 LH.

da con la hipoteca preferente a la ejecutada. Como han señalado Benedicto Blázquez y M. Peña, esa posición entra en clara contradicción con el art. 1.205 Cc, que impide el cambio de deudor sin consentimiento del acreedor. Contradice igualmente lo dispuesto en el art. 1.257 del mismo Cuerpo legal, en cuanto que el negocio generador de la obligación garantizada –distinto e independiente jurídicamente del negocio de constitución de la hipoteca, aun cuando ambos se formalicen en un mismo documento público– se ve modificado sin intervención de uno de los otorgantes. Y tampoco armoniza con la previsión del art. 231 RH que presupone claramente que el rematante no ha sustituido al originario deudor en su condición de tal. Por otra parte, no se ve porqué la transmisión del bien dado en garantía hipotecaria de una deuda, ha de alterar la propia obligación garantizada. ¿Con qué argumentos puede sostenerse que actos posteriores a la constitución de la garantía hipotecaria –elemento accesorio respecto del crédito asegurado– y realizados sin intervención del acreedor, pueden comportar un cambio en el propio crédito garantizado? Piénsese que el bien hipotecado puede haber disminuido de valor, de modo que no cubra ya la obligación garantizada, y que la solvencia patrimonial del nuevo adquirente sea nula ¿Porqué ha de privarse al acreedor hipotecario de una garantía como es la inherente a la responsabilidad patrimonial del originario deudor, quizás más fuerte y decisiva en la concesión del préstamo garantizado que la propia hipoteca, obligándosele a tener que conformarse con la responsabilidad patrimonial universal del nuevo propietario, quizá insignificante? ¿No sería razonable, antes de imponer tal sustitución en la persona del deudor, permitir al acreedor optar por la renuncia a la propia garantía antes que tener que aceptar un nuevo deudor? ¿Qué dirán los defensores de esta tesis si la garantía hipotecaria preferente que pesaba sobre el bien ejecutado, es una hipoteca unilateral pendiente de aceptación?

No es necesario, sin embargo, insistir en las contradicciones inherentes a esta tesis de la subrogación del rematante en la titularidad pasiva de las obligaciones garantizadas con las hipotecas preferentes recayentes sobre el bien ejecutado, pues la posición alternativa conduce a idéntico resultado. Esta tesis alternativa no es otra que la de equiparar al rematante del bien sujeto a una hipoteca preferente con el comprador que retiene o descuenta del precio de remate el importe de la obligación asegurada con dicha hipoteca²⁷; y del mismo modo que este comprador con descuento o retención asume, según se ha dicho, el deber de atender al pago de la deuda garantizada con la hipoteca del bien que adquiere, hasta el importe de lo retenido, pues merced a esa retención, recibe del vendedor –sea el propio deudor, sea su fiador real– los fondos necesarios para realizar dicho pago, así también el rematante de un bien sujeto a una hipoteca preferente, queda comprometido a pagar esa deuda hipotecaria hasta el límite de la responsabilidad real que conste en el registro, pues también se ha proveído de los fondos pertinentes al pagar por el bien rematado solo la diferencia entre su precio de mercado y el importe de esa hipoteca preferente que va a subsistir. De donde se desprende que si este rematante es, además, el propio titular del crédito hipotecario preferente que se compromete a pagar, debe tenerse por satisfecho una vez que se produzca su vencimiento y en la medida representada por la cifra de responsabilidad hipotecaria reflejada en el registro, sin que pueda reclamar ya nada dentro de esta medida, ni al deudor, ni al fiador. Ese crédito hipotecario preferente queda en esa medida extinguido y, con él, la fianza que lo garantizaba.

²⁷ Vid. M. PEÑA, en su obra *Derechos reales. Derecho Hipotecario*.

Así pues, tanto la tesis de la colocación del rematante en la posición de deudor del crédito garantizado con la hipoteca preferente que recaer sobre el bien rematado, como la de su equiparación al comprador con retención o descuento del importe de esa deuda en el precio estipulado, evidenciarían el total desacierto del fallo que ahora analizamos. La única forma de obviar este error sería demostrar que ninguna de estas tesis es acertada por cuanto dicho rematante debe ser equiparado al comprador de finca hipotecada que paga su íntegro valor de mercado, sin descontar nada por razón de esa hipoteca preferente que va a subsistir (única hipótesis en que se mantendría en todo su vigor el crédito garantizado con la hipoteca preferente que pesaba sobre el bien rematado por el banco B, en el supuesto considerado).

Ello nos obliga a examinar más detenidamente el significado de las expresiones legales recogidas en las reglas 8.^a, 10.^a, 11.^a y 13.^a del art. 131 LH y 1.512 LEC, tras su reforma de 1992, y que como hemos dicho son las siguientes: «que las cargas anteriores a la ejecutada subsisten, sin destinarse a su extinción el precio de remate», «que se entenderá que el rematante las acepta y «que queda subrogado en la responsabilidad derivada de las mismas», y «en la obligación de satisfacerlas».

A mi juicio, para apreciar el verdadero sentido en que el legislador utilizó estas expresiones «subrogarse en la responsabilidad derivada de los mismos (los gravámenes anteriores)», y «subrogarse en la obligación de satisfacerlos», lo mejor es situarse en el modo de desenvolvimiento de la ejecución cuando aún regía el principio de purga total.

Conforme al sistema de purga total de la originaria redacción de la LEC de 1881, la oferta formulada por el mejor postor reflejaría el valor íntegro del bien ejecutado, y debería ser desembolsada de modo inmediato.

El art. 1.511 de ese texto establecía que una vez aprobado el remate, el actuario liquidaría las cargas que afecten a los inmuebles vendidos, rebajando del precio solamente el capital de censos y demás cargas perpetuas, que continuaban vigentes. Hecha esta liquidación, el rematante debía consignar la diferencia entre el precio de remate y el importe liquidado de esas cargas perpetuas (cfr. art. 1.513 de ese texto); y realizada esta consignación, recibía el bien subastado libre de toda carga a excepción de las perpetuas (cfr. art. 1.514 de esa ley). En cuanto al destino del importe consignado por el rematante, dependía de si lo ejecutado era la hipoteca o carga preferente de las que recaían sobre el bien, o una segunda o posterior hipoteca o carga. En esta segunda hipótesis, que es la que ahora interesa, primero se deducía del precio de remate el importe de las cargas preferentes a la ejecutada, y se depositaba en establecimiento destinado al efecto, para que cuando venciera el crédito por ellas garantizado, si no era pagado voluntariamente por el deudor, el acreedor se cobrase oportunamente; y solo después de cubiertas estas atenciones, se procedía al pago del ejecutante si alcanzaba la suma pagada; y habiendo remanente, se entregaba a los titulares de las cargas posteriores, y de no existir ninguna, quedaba a disposición del deudor (cfr. art. 1.516 Cc).

Como en el nuevo sistema de purga parcial van a subsistir las cargas anteriores, del precio ofertado por el rematante ya no es necesario hacer detracción alguna por el actuario, destinándose este precio en primer lugar al pago del actor. Ciertamente, sería correcto afirmar que hasta aquí nada permite inferir que el precio ofertado por el rematante no pueda ser el íntegro valor de mercado del bien ejecutado, sin reducción alguna por razón de

las cargas anteriores que van a subsistir²⁸; aunque ha de reconocerse que pecaría de ingenuo el legislador si esperase que los postores van a estar dispuestos a pagar el íntegro, corriendo el riesgo de perder después la finca en la ejecución de la carga anterior, y de no poder recuperar lo pagado por insolvencia del deudor²⁹. Pero es que resulta que el legislador no se conforma con proclamar solamente la subsistencia de las cargas anteriores, sin destinar a su extinción el precio de remate, remitiendo al Derecho Civil la definición de la posición de ese rematante en cuanto a la obligación garantizada con esa carga anterior; por el contrario, se cuida muy bien de añadir que el rematante se subroga en la responsabilidad de dicha carga, y en la obligación de satisfacerla; y esto no puede significar otra cosa que la consideración legal de que la verdadera contraprestación del rematante no se integra únicamente por el deber de pago del precio ofrecido, sino también por el compromiso de atender al pago de aquella carga preferente como si fuera propia³⁰. Sería absolutamente incongruente entender que la puja del rematante equivale al íntegro valor de mercado del bien subastado, sin reducción alguna por razón de las cargas preferentes que van a subsistir, y al mismo tiempo proclamar la subrogación del rematante en la responsabilidad derivada de dicha carga³¹.

Si se estimare que el precio ofrecido por el rematante del bien hipotecado es el valor de mercado que le correspondería si estuviese libre de cargas, las cosas no encajarían desde el punto de vista práctico. En tal caso, el rematante estaría asumiendo un sacrificio económico mayor que el valor de ese bien si estuviera libre, pues, además de pagar el íntegro se le estaría colocando, como decimos, en la posición de fiador real del deudor, corriendo el riesgo de

²⁸ De ser así, ocurriría al rematante lo mismo que al que compra un bien hipotecado pagando el íntegro; si soporta la ejecución de esta hipoteca o paga al acreedor hipotecario para evitarla, podrá reclamar al deudor lo así desembolsado.

²⁹ En definitiva, quien paga el íntegro por una finca hipotecada debe ser alguien que tiene con el deudor y con el propietario una especial relación personal, pues asume una posición similar a la del hipotecante no deudor.

³⁰ Compromiso que no impone necesariamente la sustitución del deudor, pues es perfectamente válido el pacto por el que un tercero asume frente al deudor —que no deja de serlo por ello— el deber de pagar su deuda (Incluso, cabría pensar en una asunción cumulativa de deuda). No hay razón alguna para derivar de este compromiso un cambio de deudor del mismo modo que el mandatario que recibe del mandante deudor los fondos necesarios para atender el pago de una deuda suya no le sustituye en su condición de deudor, ni tampoco el depositario que acepta una cosa en depósito con obligación de restituirla a persona determinada a quien se la debe el depositante, pasa a ser deudor de aquélla. Ese rematante viene obligado al pago de la deuda garantizada en razón de que tiene ya en su poder el importe necesario para afrontarlo, habiéndolo recibido de quien al constituir la carga preferente se obligaba a responder de ello.

³¹ Ciertamente, la expresión «subrogarse», tiene un sentido jurídico muy preciso: colocarse en el lugar o en la posición jurídica que corresponde a otro (bien o persona); y como la hipoteca sólo obliga al propietario a soportar su ejecución en caso de impago de la deuda garantizada, bien podría argumentarse que subrogarse en la responsabilidad derivada de una hipoteca preferente, implica exclusivamente soportar su ejecución, en su caso, pero sin prejuzgar los posteriores derechos del propietario ejecutado contra el deudor hipotecario. Sin embargo, debe reconocerse que esta interpretación haría innecesaria la propia expresión legal interpretada, pues bastaría entonces con la sola proclamación de subsistencia de esta carga preferente. Por otra parte, no debe olvidarse que también se dice que el rematante se subroga en la obligación de satisfacer esa carga preferente, lo que indudablemente es algo más que soportar su ejecución.

perder la cosa y el precio pagado si se ejecuta la hipoteca y el deudor resulta después insolvente³². En cambio, si se estima que el precio ofrecido por el rematante incluye una retención implícita del importe de la hipoteca, aunque después pierda la finca por ejecución de la hipoteca y ya nada pueda reclamar del deudor, quedará económicamente inmune porque lo normal será que en la ejecución posterior de esa hipoteca preferente, el rematante ofrezca ahora su íntegro valor, quedando, en consecuencia, un resto después de pagar al actor, que ira al ejecutado y que será similar a lo que éste desembolsó en su día (si hay diferencia, ésta obedecerá a la distinta apreciación que sobre el valor de la finca hayan tenido los rematantes en cada una de esas ejecuciones, y ello, obviamente, debe ser a riesgo o beneficio del que adquirió en la primera ejecución)³³.

Por otra parte, es de notar el paralelismo existente entre el esquema legal anejo al sistema de purga total y el que se establece tras la superación de ese

³² No puede ignorarse el indudable significado económico que tiene este afianzamiento real, que habría de añadirse al valor íntegro del bien subastado que se ha satisfecho.

³³ Un ejemplo ayudará a confirmar estas consideraciones: Supongamos que el inmueble en cuestión vale 100, y sobre él pesa una primera hipoteca por 50, y una segunda hipoteca por 25. Veamos las dos posibilidades antes señaladas:

a) El rematante en la ejecución de esa segunda hipoteca ofrece 50, esto es, toma en consideración la carga preferente que subsistirá y reduce en consecuencia su oferta. Después sufre la ejecución de la primera hipoteca, en la que el rematante ofrece los 100, pues adquirirá el bien libre. De esos 100, se detraen 50 para pagar al acreedor hipotecario primero, y las otras 50, se le entregan al originario rematante y ahora ejecutado, como propietario ejecutado. Queda, por tanto, igual que estaba al principio; no sufre ningún perjuicio económico. Si en tal supuesto se le permitiera después proceder por vía subrogatoria contra el deudor del crédito garantizado con esa primera hipoteca ejecutada, al amparo de los arts. 1.210, 1.212 y 1.839 Cc, se vería enriquecido injustamente, pues saldría ganando 50 si ese deudor no era insolvente. Y ¿quién sería el que experimentaría el correlativo empobrecimiento? La respuesta no es unívoca, depende del concreto supuesto que se aborde; pero si suponemos que el propietario de la finca al tiempo de iniciarse la ejecución de la hipoteca segunda, era el que había constituido la primera en garantía de deuda ajena, éste será el que sufre ese empobrecimiento por cuanto una finca que valía 100, la pierde por solo 50.

Parece claro, por tanto, que en este supuesto, el que remató la finca por 50, en la ejecución de la segunda hipoteca, aunque después la pierda como consecuencia de la ejecución de la primera hipoteca, no debe tener ninguna acción contra el deudor garantizado por esta primera hipoteca. Ahora bien, este deudor que pese a no pagar nada queda libre de reclamaciones frente al propietario del bien hipotecado en garantía de su deuda y que sufre la correspondiente ejecución, quedará, sin embargo, sujeto a la acción del que originariamente constituyó la hipoteca, para resarcirse de la pérdida que experimentó cuando en la ejecución de la segunda hipoteca perdió por solo 50 el bien que valía 100. De este modo nadie pierde injustamente y nadie se enriquece injustamente: el posterior en la ejecución de la segunda hipoteca queda económicamente igual que estaba si no hubiera ido a esa ejecución; el que constituyó la primera hipoteca en garantía de deuda ajena y que acaba perdiendo el bien también queda neutral, pues con el valor íntegro de dicho bien –que era de 100– paga la deuda –supongamos que suya– garantizada por la segunda hipoteca, y se queda con 75 en metálico (25 recibidas como resto en la ejecución de la segunda hipoteca y 50 que percibe del deudor del crédito que garantizó con la primera hipoteca); y el deudor de este crédito acaba pagando, que es lo que le corresponde.

b) El rematante en la ejecución de la segunda hipoteca ofrece 100; después sufre la ejecución de la primera hipoteca. En esta segunda ejecución, en la razonablemente se pagarán 100, recibirá 50 como remanente resultante después de pagar al acreedor ejecutante (que lo era, como decimos, por 50). El resarcimiento de los otros 50, obviamente deberá obtenerlo del deudor garantizado con la hipoteca primera, procediendo contra él por la vía subrogatoria antes referida, y si no lo consigue, deberá asumir la pérdida como la debe asumir cualquier fiador que pagando la deuda no puede después resarcirse de su deudor.

principio, si se acepta que las ofertas en la subasta judicial llevan implícito el descuento del importe de la carga anterior que subsistirá:

Conforme al sistema anterior de purga total, lo primero era la puja, luego la liquidación por el actuario de las cargas anteriores y preferentes a la ejecutada, la detracción del precio de remate del importe así liquidado, el subsiguiente depósito de lo detraído para la cobertura futura de esas cargas, y el destino del resto a pagar al actor. Ahora, como las cargas preferentes subsisten, su liquidación corresponderá al propio postor quien debe realizarla previamente a la puja y tenerla en cuenta en la formación de ésta; de este modo, el lugar que correspondía antes a la detracción del precio ofertado y al posterior depósito de lo así detraído, lo ocupa ahora la consideración de que dicho importe permanece en poder del rematante para que en su día haga con él frente a la carga anterior, como ocurría en el sistema anterior con lo depositado; y ello explica también que el precio ofrecido y desembolsado en su totalidad, se destine ya en primer lugar al pago del actor.

En ambos casos la contraprestación del rematante sería la misma (el valor íntegro del bien ejecutado); solo que mientras antes debía desembolsar el total de inmediato (distribuyéndose después lo pagado entre lo que ha de depositarse para pagar en su día la carga preferente, y lo que se entregará al actor y, en su caso, al ejecutado), ahora ese desembolso íntegro se desdobra en un pago actual que se fija en la puja (que equivale al valor neto del bien adquirido, y que debe ir al actor y, en su caso, al ejecutado), y en un pago futuro equivalente al importe de las cargas preferentes, pago que asume realizar el rematante en lugar del deudor y sin poder repercutírselo después, pues al pagar de presente solo una parte del total valor del bien, está adquiriendo anticipadamente del propio deudor (si es el constituyente de la hipoteca preferente) o de su fiador real (si la hipoteca lo es en garantía de deuda ajena), los fondos necesarios para ello. Subrogarse el rematante en la responsabilidad de la carga anterior y en la obligación de pagarla, no tendría, pues, otro significado que el confirmar que junto a la cantidad ofrecida en su puja —equivalente al valor neto del bien adquirido—, la contraprestación total del rematante incluye, además, la aceptación de ese compromiso de pago de la carga preferente, de modo que cuando ésta venza y su titular la reclame, o bien le entrega voluntariamente dicho importe, o bien debe soportar la ejecución del inmueble adquirido, sin que en tal caso tenga ya ningún derecho de resarcimiento frente a nadie, pues no hay nada de lo que deba resarcirse³⁴.

Puede, pues, inferirse de las consideraciones anteriores que para el legislador es irrelevante la relación entre el precio ofrecido por el rematante en la ejecución de una carga posterior, y el valor que tendría en el mercado el bien ejecutado si estuviere libre; cualquiera que sea la oferta del rematante, se le está haciendo saber que, además, deberá atender al pago de la carga preferente como si fuera el deudor, y sin posibilidad ya de reembolsarse de lo así pagado.

Así pues, si el rematante de una finca hipotecada se entiende que está pagando de presente solo el neto, y que está reteniendo el importe de la hipo-

³⁴ Podría discutirse que ocurriría si en el ínterin el bien hipotecado se pierde por caso fortuito: ¿quedará el rematante libre de su compromiso frente al titular de la hipoteca preferente o seguirá teniendo que verificar el pago asumido? Mas, aunque se sostuviera que el titular de la carga preferente puede reclamarle el pago incluso si el bien hipotecado adquirido se haya perdido, ello no hace necesario entender que el rematante ha sustituido al deudor originario en la propia relación crediticia.

teca para atender al pago futuro de ésta, sin posterior derecho de regreso contra nadie, ¿qué habremos de concluir cuando ese rematante sea, además, el propio titular del crédito garantizado con esa hipoteca? ¿No es evidente que nada puede reclamar ya a nadie por razón de dicho crédito si su cuantía efectiva no supera la cifra de responsabilidad hipotecaria, pues ya ha recibido por adelantado el contenido económico de su derecho, obteniéndolo, además, del propio deudor en el caso considerado en la sentencia analizada?

Y si esto es así, ¿con qué derecho o fundamento procedió a reclamar del fiador, lo que el propio deudor ya le había abonado? ¿No supone ello un claro enriquecimiento para el banco en el caso analizado?

2. Nos preguntamos si esta conclusión no podía haber sido advertida por el TS. Y quizás se nos conteste que como el fiador solo alegó que el no debía pagar porque no iba a poder subrogarse después en la hipoteca, no debía entrar el tribunal en otras posibles razones determinantes de la improcedencia de la reclamación contra el fiador.

Ciertamente, no es posible saber con precisión, a la vista del texto de la sentencia comentada, en qué concretos términos se formuló por el fiador su demanda reconventional; de aquella solo resulta que el fiador pedía que se le declarara libre de la fianza. Y no puede desconocerse que es principio básico en la organización del proceso civil, el de rogación, que presupone la congruencia de la sentencia (cfr. arts. 216 y 218 LEC).

Sin embargo, entiendo que en el caso debatido, pedido por el fiador que se le declare libre de la fianza, ha de resultar irrelevante a los efectos de estimar o rechazar tal petición, la circunstancia de que el fiador la hubiere fundamentado exclusivamente en la aplicación del art. 1.852 Cc, y no hubiere reparado en que a la misma conclusión conducían los arts. 1.847 y 1.156 Cc. De los hechos fijados por la propia sentencia resulta una doble razón fundamentadora de la improcedencia del pago por el fiador; y parece claro que el objetivo verdaderamente perseguido por el fiador es que se le devuelva lo pagado. En tales circunstancias, el principio *iura novit curia*, recogido en nuestro Ordenamiento (cfr. art. 1-7 Cc), no permitiría esperar del tribunal que tenga en cuenta fundamentos jurídicos olvidados por el demandante, que caminan en la misma dirección que los invocados, que contribuyen a reforzar la pertinencia del objetivo inequívoco del demandante, y cuya operatividad es patente a la luz de los hechos delimitados?

Estimar en el caso debatido que, conforme al art. 218, 1, párrafo segundo de la LEC, la pretensión del fiador es exclusivamente que se declare que la fianza por él prestada se extinguió como consecuencia de la imposibilidad de subrogación en la hipoteca, puede ser una posición muy ajustada a una estricta literalidad de la norma citada, pero resulta difícil de aceptar. Cuántas veces no vemos a nuestro Tribunal Supremo, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por daños, fundamentar su fallo en la responsabilidad aquiliana, a pesar de que el demandante solo invocó la responsabilidad por incumplimiento contractual?

Por otra parte, aun aceptando esa estricta delimitación de la pretensión procesal, en el caso debatido ¿a dónde nos conduciría ello? Parece evidente que si concluimos que la cuestión litigiosa a decidir en el pleito seguido, debía quedar definida en los estrictos términos apuntados, nada impedirá al fiador entablar un nuevo proceso para que se declare la improcedencia del pago efectuado al banco B, invocando ahora como fundamento de su derecho la extinción de la deuda afianzada como consecuencia de la adquisición por el acreedor hipotecario del bien hipotecado; esto es, en base a los arts. 1.847

y 1.156 Cc. La excepción de cosa juzgada no podría aplicarse al no haber identidad entre ambos procesos (cfr. art. 222, 1 y 2 LEC). Ahora bien, ¿es razonable una interpretación de las normas que conduzca a tan inconveniente multiplicación de trámites y costes, y a tan evidente dilación en la resolución final del asunto, cuando ya desde el principio se conoce el objetivo práctico de las partes, y se tienen a la vista los hechos que han de determinarla?

Bien pensadas las cosas, en el caso debatido, quizás convenga apuntarse a la rigurosidad en la delimitación de las pretensiones de las partes, pues ello abriría al ahora fiador una nueva oportunidad de recuperar lo que nunca debió pagar al banco B³⁵. Sin embargo, comprendemos el riesgo que corre ese fiador si iniciara un nuevo proceso al amparo de estas consideraciones, pues ¿quién le asegura cuál será la posición del tribunal que conozca el nuevo pleito, en punto al modo de delimitar la pretensión del actor y a la apreciación de la eventual excepción de cosa juzgada que el banco pueda oponer?

En cualquier caso, no insistiremos más en esta cuestión procesal, pues el objeto del comentario realizado es propiamente el análisis de la corrección sustantiva del fallo examinado; análisis que damos aquí por concluido, remitiéndonos, sin más, al juicio del lector.

Madrid, a 29 de enero de 2010

³⁵ Es fácil, como ya hemos sugerido, que esa pretensión de devolución de ese pago indebido no haya prescrito.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Pilar BENAVENTE MOREDA, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alfons SURROCA COSTA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. El derecho a la imagen en cuanto derecho autónomo.–Es doctrina reiterada tanto por parte del Tribunal Constitucional como por parte del Tribunal Supremo que en el ordenamiento jurídico español el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo, distinto del derecho al

honor y del derecho a la intimidad personal y familiar. La consecuencia que tiene tal configuración autónoma, no coincidente con ordenamientos de otros Estados de nuestro entorno, ni con el artículo 8 del Convenio de Roma según su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que la publicación de la imagen de una persona puede constituir intromisión ilegítima en su honor, en su intimidad o en su derecho a la propia imagen, aumentando así el desvalor de la conducta enjuiciada si ésta vulnera más de uno de estos derechos.

El derecho a comunicar información veraz es independiente del fin de lucro perseguido por el sujeto que lo ejercita.—El derecho constitucional a comunicar libremente información veraz no desaparece ni se debilita por el hecho de que mediante la transmisión de la información se obtengan beneficios económicos, como parece consustancial a toda empresa del sector, ni por el hecho, también consustancial al mundo de la información, de que una primicia o exclusiva aumente la tirada o la audiencia y, por tanto, también los beneficios económicos de la empresa titular del medio. (STS de 18 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El recurso de casación es interpuesto por la compañía mercantil editora del semanario *Interviú* y por el director de tal publicación en contra de una sentencia que, en apelación, confirma la condena de aquellos por una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante, una conocida modelo española, de pasarela y fotográfica, de fama internacional (*top model*), por haberse publicado en el ejemplar de dicha revista un reportaje ilustrado con varias fotografías de la referida modelo captadas sin su conocimiento, mientras se hallaba en una playa de Jamaica por razones ajenas a su actividad profesional, sin la pieza superior del bikini y en compañía de su novio, sobrino carnal de S.M. el Rey de España. (*Alma R. G.*)

2. Intromisión en el derecho a la propia imagen de una persona enferma en plena asistencia médica, que fue fotografiada sin su consentimiento, siendo incluida la fotografía en un reportaje publicado en un periódico. Ausencia de carácter accesorio de la imagen, de la que podía prescindirse.—En éste se ha publicado un reportaje del que nada se objeta y se acompaña una fotografía de la que no consta el consentimiento para ser obtenida ni, mucho menos, para ser publicada. La fotografía no es de necesidad ni es esencial para el reportaje, del que forma parte y puede prescindirse de ella. En todo caso, ha sido obtenida ilícitamente (al contrario de las sentencias últimamente citadas) y se ha publicado sin el consentimiento de la persona. No se halla tampoco en ninguno de los casos que contempla el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que excluye la protección del derecho a la imagen. (STS de 20 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una persona fue fotografiada sin su consentimiento mientras estaba recibiendo asistencia médica. La fotografía fue incluida en un reportaje que se publicó en un periódico. La persona fotografiada demandó al autor de la fotografía, al director del periódico y a la propietaria del mismo en reclamación de una indemniza-

ción por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y la propia imagen. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (*M. C. B.*)

3. Intromisión en el derecho a la propia imagen de dos niños que fueron fotografiados sin el consentimiento de sus padres, siendo publicada la imagen en diversas ocasiones en el periódico. Ausencia de interés cultural y de carácter accesorio de la imagen.—En ningún caso puede ser de aplicación la argumentación esgrimida por los demandados de que los niños se encontraban en un lugar público, vestidos de traje típico de la Feria de Sevilla y expuestos en un carro de caballos para ser vistos por todos, pues la actitud festiva de los padres no puede ser interpretada en el sentido de autorizar a cualquier medio de comunicación, organismo público o particular a la utilización indiscriminada de una imagen, por muy bella que sea, de los niños. Y no puede olvidarse que dicho consentimiento nunca puede ser prestado de forma tácita, por silencio de los padres ante la publicación por primera vez de la fotografía pues, como establece el artículo 3.2 de la Ley Orgánica, el consentimiento, además de expreso, ha de ser prestado por escrito. No es tampoco oportuno acudir a un pretendido interés cultural, pues, como ya ha mantenido esta Sala en otras ocasiones —S de 7 de octubre de 1996—, «la referencia al interés cultural no puede ser “una patente de corso” de los organismos oficiales (ni, con mayor motivo, de los particulares) para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines». Finalmente, tampoco puede hablarse de accesoriedad de la imagen, que exculparía en algunos casos la eventual aparición de forma ambiental de la imagen de un menor en la publicación de la fotografía de un tercero en la difusión de una noticia, puesto que, como resulta obvio, la imagen en cuestión aparece de forma destacada y en portada en el medio informativo. (**STS de 19 de noviembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los padres de dos niños demandaron a las propietarias de un periódico que había publicado en diversas ocasiones las fotografías de los menores, captadas en el Real de la Feria de Sevilla sin el consentimiento de sus padres. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, desestimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al considerar que se había producido intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. (*M. C. B.*)

4. No existe intromisión en el derecho a la propia imagen de una persona fallecida en accidente mientras practicaba parapente sin motor, que fue publicada en un periódico. Interés público de la noticia y dificultad

tad de ser reconocida la imagen del fallecido.—Es indudable el interés público tanto por el lugar donde se produce como por las circunstancias del rescate (en el que tuvieron que intervenir diversos servicios comunitarios asistidos de un camión con escalera mecánica del Cuerpo de los Bomberos del Consorcio del Norte y un helicóptero de Protección Civil), como por la relevancia de llamar la atención de los peligros que representa la realización de esa actividad deportiva en esa zona.

Por muy desgarradoras que sean las fotografías (que lo son en grado sumo) es lo cierto que por su contenido no sólo no son infamantes o irrespetuosas con la persona afectada, sino tampoco es posible inferir un ánimo retorcido en quien las difunde. A este respecto conviene recordar que también concurre un elemento común con el contemplado en la sentencia dictada de 28 de mayo de 2004, toda vez que está declarado como probado que la foto representa al fallecido con el rostro desfigurado, lo que implica una seria dificultad de ser reconocido. **(STS de 19 de septiembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Una persona fallecida en accidente de parapente con motor fue fotografiada en el momento en que se procedía al rescate del cadáver. La fotografía fue publicada por un periódico en un reportaje en el que se daban toda clase de datos sobre la identidad y circunstancias personales del fallecido. Tres hermanas del difunto demandaron al autor de la fotografía, al director del periódico y a la propietaria del mismo en reclamación de una indemnización por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tanto del fallecido como de su familia, y a la publicación de la sentencia. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados a publicar la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por los demandados y estimó parcialmente el recurso presentado por las demandantes en el sentido de condenar también a los demandados al pago de las costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación instado por los demandados, con desestimación íntegra de la demanda. *(M. C. B.)*

5. Derecho sobre la propia imagen. Captación de la imagen de un preso para su publicación en un programa televisivo, con consentimiento del titular. No es intromisión ilegítima la posterior publicación de un libro con el mismo título que el programa televisivo, en el que se inserta una fotografía del actor.—Partiendo del consentimiento, reconocido por el recurrente, a la entrevista realizada en el programa televisivo «Cuerda de Presos» en el que relata su experiencia en una cárcel española al presentador, hoy recurrido, Pedro Francisco, ninguna vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen se ha producido con la publicación de esa entrevista en formato libro titulado también «Cuerda de Presos» al darse el supuesto contemplado en el artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, pues otorgado el consentimiento, la cuestión queda enmarcada no en el ámbito del aspecto constitucional del derecho a la intimidad y a la propia imagen, que no ha sido vulnerado, sino en su aspecto patrimonial sobre el incumplimiento o no del contrato celebrado entre las partes. Confir-

mación de la sentencia recurrida que tiene en cuenta no sólo este consentimiento sino además las circunstancias de la publicación del libro «Cuerda de Presos», pues éste no era sino la proyección literaria de un programa televisivo con el mismo nombre y el mismo contenido con una transcripción de la entrevista consentida en los mismos términos en que fue realizada en el medio televisivo, y con la imagen del recurrente como encabezamiento tomada de la misma entrevista consentida. Concluyendo, ninguna vulneración de la intimidad se puede producir por la difusión de los datos relativos al encarcelamiento de la recurrente cuando fue ésta quien consintió esa divulgación en un medio televisivo ni tampoco ninguna vulneración del derecho a su imagen se ha producido cuando esa imagen fue captada con su consentimiento. La utilización de la misma entrevista e imagen en un medio gráfico distinto (libro), firmado por el mismo entrevistador, una vez se ha producido la divulgación, afecta al ámbito patrimonial de estos derechos o en su caso, al ámbito contractual en el que se prestó el consentimiento pero en ningún caso a la esfera constitucional del derecho a la intimidad y a la imagen. (STS de 25 de septiembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El actor era un preso que en su día había consentido realizar una entrevista para el programa televisivo «Cuerda de presos». El presentante y director de ese programa publicó después un libro con el mismo título, en el que se insertaba la entrevista mantenida con el actor acompañada de una foto de éste. El actor demandó al periodista, la editora del libro y el propietario de la cadena de televisión solicitando que se les condenase a indemnizar por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, pues si bien es cierto que había consentido que su imagen saliera en el programa televisivo, no lo había prestado para que su foto se incluyera en el libro posterior. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (M. C. B.)

6. Derecho a la propia imagen: alcance del consentimiento y responsabilidad solidaria.—A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no permite constituir un derecho autónomo a la imagen, nuestro Tribunal Constitucional sí le otorga un valor autónomo, distinto a los derechos a la intimidad y al honor. Lo específico de la propia imagen es la protección frente a su reproducción (SSTS de 11 de abril de 1987, 29 de marzo y 9 de mayo de 1988, 9 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992 y 11 de noviembre de 2004). Para que dicha reproducción sea legítima, no es preciso que el consentimiento conste por escrito, ya que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación (SSTS de 25 de enero y 25 de noviembre de 2002). Eso sí, el consentimiento presunto no impide la existencia de una intromisión ilegítima. El consentimiento no puede ser general, sino que ha de referirse a cada caso concreto en el que se pretenda tal intromisión (STS 22 de febrero de 2006). Es por ello que la falta de información relativa al alcance y a la difusión de una imagen en un determinado medio de comunicación social puede motivar que finalmente la intromisión sea considerada ilegítima, porque con ello se lesiona una parte esencial del derecho

fundamental (SSTS de 10 de octubre de 1994, 12 de diciembre de 1995, 18 de julio de 1998 y 24 de abril de 2000).

Cuando no es posible la individualización de la responsabilidad personal a cada uno de los causantes de la intromisión, la responsabilidad civil por tal vulneración de los derechos fundamentales se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad de carácter solidario (SSTS de 30 de abril de 1990 y 17 de marzo de 2004; y Ley 1/1982, de 5 de mayo). **(STS de 30 de diciembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña J. interpone demandada contra don E., el Excmo. Ayuntamiento de Santiago de Compostela, la Cámara de Comercio de Santiago, la Xunta de Galicia y la Asociación de Empresarios de Hostelería de Santiago por la dura intromisión sufrida dada la utilización por las entidades demandadas de su imagen con fines publicitarios. La actora otorgó su consentimiento para promocionar en un periódico local un establecimiento emblemático de la ciudad, pero finalmente la imagen se empleó para el Plan de Promoción Turística de la ciudad de Santiago, apareciendo la imagen inserta en carteles publicitarios y en folletos informativos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, porque consideró que el consentimiento de la actora podría comprender la difusión y publicidad para la que fue usada. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, ya que considera que no se informó a la apelante exactamente de todos los soportes y formas en los que su imagen iba a ser expuesta y, además, porque el precio convenido para la prestación de sus servicios fue notablemente inferior al habitual en campañas publicitarias de ese tipo. Se interpone recurso de casación por el Ayuntamiento de Santiago y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

7. Protección del derecho a la intimidad de los menores.—La Constitución en su artículo 18 reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en el artículo 20.1.d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciu-

dadanos particulares ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan sean inveraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor –SSTC 54/2004, de 15 de abril y 61/2004, de 19 de abril–.

Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida personal y familiar «parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores», incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral –STC de 15 de julio de 1999–.

En línea con esta doctrina constitucional, esta Sala ha resuelto en materia relativa a la protección de datos de menores de edad. Así, en la S de 27 de junio de 2003 se consideró que la noticia sobre una niña que era portadora de anticuerpos de sida era atentatoria contra su intimidad. Del mismo modo, la S de 28 de junio de 2004 también consideró la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor en la noticia que difundía la comisión por este menor de un hecho delictivo.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidad de menores así como la normativa tanto interna como internacional [...] que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida, pues con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, relativa al asesinato de un abogado madrileño, los datos que en los artículos presentados con la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal se suministraban en relación con las dos hijas menores de edad del matrimonio, no sólo permitían su identificación, como así se reconoce en la sentencia recurrida, sino que además suponían la revelación de hechos que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como son las lesiones sufridas, más aún cuando de una de las menores se transmite la noticia de la posibilidad de haber sido objeto de una agresión sexual. Y ello con independencia de que la información fuese obtenida a través de las ruedas de prensa dadas por la Jefatura de Policía Nacional pues el Tribunal Constitucional ha señalado que existe intromisión ilegítima aunque los datos divulgados fueran ya de dominio público –STC 15 julio 1999– ya que su revelación, haya sido su fuente la que haya sido, podía ser una intromisión en la intimidad lesiva del artículo 18.1 de la CE –STC 197/1991–.

Derecho a la propia imagen de los menores.—Partiendo de la base fáctica de la sentencia recurrida, obtenida tras la valoración de la prueba, que considera que la menor era perfectamente identificable, la solución jurídica en relación con la utilización de la imagen identificable de un menor sin su consentimiento adoptada por la Audiencia Provincial es correcta pues el artículo 4.3 de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor considera «intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utili-

zación de su imagen o de su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si constan el consentimiento del menor o de sus representantes legales», más aún cuando ni consta su consentimiento, tratándose de una menor de edad en la definición dada por el artículo 1 de la misma ley («La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad»), ni guarda relación alguna con la información publicada relativa a la recomendación del Defensor del Pueblo de contratar seguridad privada en las urbanizaciones, y pese a ello está encuadrada en la parte superior del artículo tras el encabezamiento. (STS de 23 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El recurso de casación interpuesto por la empresa editora, director y periodistas de un importante rotativo atacaba la sentencia de la Audiencia Provincial estimatoria de que, en el caso objeto de la apelación, primaba el derecho a la intimidad sobre el derecho a la información. El periódico había dado la noticia de un asesinato perpetrado en una zona residencial de Madrid abundando en datos relativos a la familia —mujer e hijas menores— de la víctima. Promovió la acción ante el Juzgado el Ministerio Fiscal y la sentencia apreció la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las menores, criterio que igualmente mantuvo la Audiencia al considerar que lo pormenorizado de la noticia permitía la identificación de éstas. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

8. Delimitación constitucional y jurisprudencial de derechos fundamentales en conflicto: libertad de expresión e información y derecho a la intimidad personal.—En la confrontación entre el derecho fundamental a la intimidad personal y o a la libertad de información que constituye el objeto del presente debate se debe tomar como punto de partida la delimitación que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala ha hecho, en su respectivo marco de competencia y en su propio ámbito de actuación, del contenido de los derechos fundamentales en liza.

Ya desde la STC 6/1981 se ha destacado que la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante, cual es la formación y la existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (SSTC 159/1986 y 185/2002, entre otras). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (SSTC 110/2000 y 185/2002). De ahí que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública —requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el artículo 20.1d) de la Constitución— reci-

ba una especial protección constitucional, por más que no sea ilimitada, de manera que el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (STC 185/2002).

El contenido del derecho constitucionalmente protegido se define, pues, por el rasgo de la veracidad de la información transmitida y por la relevancia pública del asunto a que se refiere, lo que supone que es del interés general por las materias sobre las que versa y por las personas que intervienen (STS de 13 de junio de 1988). En definitiva, para que la incidencia del derecho a la libertad de información sobre otros bienes constitucionales se reputa legítima es necesario que lo informado resulte de interés público, en suma, relevante para la comunidad (STS 6 de noviembre de 2003), pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que la soporten en aras del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, más allá de la simple satisfacción de la curiosidad ajena, que es lo que justifica la asunción de perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (SSTC 29/1982, 134/1999 y 52/2002, y SSTC de 13 de junio 1998 y 6 de noviembre de 2003).

El derecho a la libertad de información, por tanto, pese a su carácter prevalente –que no jerárquico o absoluto–, que se explica por la finalidad a que está orientado, no es ilimitado, como ningún derecho lo es (SSTC 159/1986, 297/2000 y 185/2002), sino que se encuentra condicionado por el contenido de los demás derechos con idéntica protección constitucional, como el derecho a la intimidad personal, el cual, según ha destacado la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a ese fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuales son los contornos de nuestra vida privada» (SSTC 115/2000, de 10 de mayo, 83/2002, de 22 de abril, 99/2002, de 6 de mayo, y 185/2002, de 14 de octubre, y STS de 6 de noviembre de 2003, que cita las anteriores).

Ponderación casuística de la eventual colisión de derechos fundamentales.—Esta colisión se ha de resolver, además, sin acudir a otros criterios prioritarios distintos de los que, en cuanto a la delimitación del contenido de cada cual, han quedado expuestos. Cobran singular importancia, pues, las circunstancias del caso concreto, con arreglo a las cuales ha de hacerse la

ponderación entre ambos derechos constitucionales. Y, dados los hechos en que se concreta la intromisión ilegítima denunciada [...] es del todo punto necesario precisar que, sin desconocer los efectos y las exigencias derivadas del principio de publicidad de las actuaciones judiciales penales proclamado en el artículo 120.1 CE y reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su incidencia en la solución del conflicto entre los derechos constitucionales de referencia no es en modo alguno absoluta, y puede convivir pacíficamente con el derecho a la intimidad de las personas, pues la ponderación de unos y otros siempre ha de estar guiada, por encima del aludido principio de publicidad, por la exigencia de que la divulgación de la identidad personal sea necesaria a los efectos de reconocer en la noticia el interés público que justifica la prevalencia del derecho a la libertad de información frente al derecho a la intimidad personal, lo que se traduce en la necesidad de que esa relevancia comunitaria radique no sólo en la materia del hecho divulgado, sino también en la identidad de su autor.

Publicidad de las resoluciones judiciales: límites.—Debe recordarse [...] que el Tribunal Constitucional ha declarado que la exigencia constitucional de publicidad de las resoluciones judiciales no es de carácter absoluto, y puede verse limitada por la prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto y con los que debe ser ponderada en cada caso (STC 114/2006); y que la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha añadido al artículo 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un segundo párrafo conforme al cual el acceso al texto de las sentencias, o a determinados de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes. Este criterio, basado como se ve en la necesidad de la divulgación de aspectos que, como la identidad de las personas, pertenecen a la esfera de lo íntimo, ha de guiar ineludiblemente la valoración en que se resume la ponderación de los derechos en conflicto, sirviendo de elemento para apreciar la relevancia pública y el interés general del hecho al que se refiere la noticia, en donde entronca la finalidad misma del derecho a la libertad de información, la formación de una opinión pública libre como base y condición para el ejercicio de otros derechos en el marco de un sistema democrático; y ha llevado en diversas ocasiones a declarar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas afectadas, al no considerarse justificada, desde el punto de vista del interés general de la noticia difundida, la divulgación de la identidad de la persona a la que se refiere (*vide*, entre otras, SSTS 18 de marzo de 1992 y 28 de junio de 2004).

Relevancia pública sobrevenida.—[...] se han recogido, en el FD 1.º, los argumentos articulados en el único motivo de casación del presente recurso. Dichos argumentos razonablemente han de ser acogidos, en cuanto provienen de la adecuada interpretación de los preceptos constitucionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se invoca.

El juicio de ponderación constitucional de los derechos en conflicto concederá, atendidas las circunstancias en que se desenvuelven los artículos publicados (alarma social sobre los incidentes en las discotecas) preeminencia

al derecho a la información frente a la intimidación del demandante, que en calidad de autor se ha visto involucrado en actos de relevancia penal y pública.

El demandante tiene lo que la doctrina y jurisprudencia han venido en definir relevancia pública sobrevenida, entendida como aquella que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de relevancia pública, como lo es un procedimiento penal con sentencia condenatoria en su contra (art. 120.1 CE), recaída en el enjuiciamiento de su actuación delictiva como portero de una discoteca y en concreto por la agresión y lesiones causadas a la víctima. Los recurrentes únicamente han dado noticia del contenido íntegro de la sentencia y desarrollo del juicio oral en el que está incluido el dato esencial de la identidad del autor de los hechos, y no han publicado circunstancia distinta a la expresada. **(STS de 16 de octubre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—En la demanda que da origen al procedimiento del que trae causa el recurso de casación, el actor —portero de discoteca— solicitó que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen como consecuencia de la publicación de diversos artículos periodísticos en los que se informaba con detalle de un procedimiento penal en el que resultó condenado por un delito de lesiones, identificándosele mediante la expresa mención de su nombre y apellidos. La sentencia de instancia estimó la demanda, si bien redujo el importe de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial confirmó la resolución inferior. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa editorial y periodistas demandados. (R. G. S.)

9. La publicidad de las sentencias y el derecho al honor.—Para discernir si la publicación de una resolución judicial afecta al derecho al honor de una persona que ha obtenido un resultado desfavorable en el proceso ha de tomarse en cuenta, en primer lugar, el cumplimiento de los fines institucionales que el principio de publicidad persigue. Este aspecto, a su vez, exige tomar en consideración la forma en que la publicación se ha producido, de manera que habrá que distinguir si se trata de una comunicación neutral del contenido de la sentencia, o si se añaden o restan elementos que sean susceptibles de desvirtuar el conocimiento objetivo de lo resuelto por el tribunal para convertir la publicación del fallo en procedimiento apto para menoscabar el honor del sujeto afectado. En segundo lugar, es preciso ponderar, en atención a las circunstancias concurrentes, el interés legítimo de quien comunica una resolución judicial. Así, éste puede consistir en el interés del que obtiene un resultado favorable en un pleito para dar a conocer dicho resultado a sus conocidos y a quienes pueden tener relación con el pleito, siempre que esta comunicación no sea desproporcionada por el ámbito subjetivo al que se extienda o por el modo en que se produzca, y que esté justificada en atención a la naturaleza y objeto del proceso de que se trate y al conjunto de circunstancias, incluyendo el carácter de actor o demandado de quien da publicidad a la sentencia. **(STS de 22 de diciembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor reclama la protección de su derecho al honor en la medida en que el demandado da a conocer el resultado de un pleito habido entre ambos, en el que el primero había visto desestimada su demanda con condena en costas. Tal publicidad se produce mediante la distribución de unas cuartillas en las que recoge el encabezamiento y el fallo de dicha sentencia, tanto por los buzones y vías públicas de un determinado pueblo como en el local comercial que regenta. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia en cuanto entiende que mediante la publicación de la sentencia los vecinos se formaron una opinión negativa de la conducta personal y social del actor, ya que el término «condena», en un ámbito de cultura media, se manifiesta como una «reprobación» del condenado por una supuesta conducta irregular. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte demandada. (*Alma R. G.*)

10. Derecho al honor. Derecho a la libertad de expresión.—El Tribunal Supremo, tras analizar el contenido del derecho al honor (arts. 18.1 CE y 7.7. LO 1/1982), en el que debe incluirse el prestigio profesional, cuya vulneración se invocaba por el registrador demandante, y el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), con un contenido más amplio que el derecho a la libertad de información, como derechos que colisionan en el caso debatido, considera que en la ponderación de ambos debe prevalecer la libertad de información, cuando se trata, como en el caso debatido, no ya de ejercitar el derecho de defensa mediante la utilización de los recursos pertinentes, sino, en el ejercicio de ese mismo derecho de defensa ampliamente considerado, de poner en conocimiento del organismo que tiene encomendada la superior dirección y el gobierno de la organización funcional a la que pertenecía el actor, determinados hechos que para quien los denunciaba, evidenciaban un irregular proceder de éste en el ejercicio de sus funciones públicas y podían ser constitutivos de infracciones disciplinarias. En el contexto en el que se hicieron las manifestaciones realizadas, el Tribunal Supremo entiende que las mismas, lejos de ser difamatorias y perseguir el desprestigio profesional y desmerecimiento de la reputación del actor, estaban orientadas a denunciar las supuestas irregularidades en el ejercicio de la función pública del mismo y a lograr su corrección, quedando por tanto amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión en el marco del derecho de defensa, ampliamente considerado y comprensivo del más específico derecho a defenderse frente a actos supuestamente ilícitos, cuya efectiva realización determina la expansión de la libertad de expresión en tanto sirve a sus fines propios y como instrumento para la consecución de fines legítimos anudados a derechos e intereses de raigambre igualmente constitucional, con la correlativa comprensión del derecho al honor del demandante. (**STS de 7 de noviembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante, Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, devolvió una escritura de compraventa autorizada por el Notario de Figueras, demandado y ahora recurrente, con nota del funcionario indicando unos defectos que impedían su despacho y la inscripción en el Registro Público. Como consecuencia de ello, el Notario autorizante de la escritura devuelta interpuso recurso gubernativo

al amparo del artículo 325.b) LH contra la que consideraba la calificación –errónea– del Registrador de la Propiedad, alegando una serie de causas de impugnación y refiriendo la existencia de «carencias, errores, corruptelas y arbitrariedades» en torno al despacho del título presentado. El recurso fue presentado en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, solicitándose la formación del correspondiente expediente y la remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que por ésta se dictase la oportuna resolución declarando la existencia de calificación y la ausencia de defectos justificativos de la no inscripción del título, acordando su inscribibilidad en los términos que derivaban del mismo. El Registrador demandante, en contestación al escrito de recurso, comunicó mediante escrito que la escritura autorizada por el recurrente había sido despachada, aceptando las alegaciones de éste, por lo que, al no haber contención, no se formaba el expediente ni se remitía el recurso a la Dirección General de Registros y del Notariado. Tras recibir la anterior comunicación, el Notario demandado dirigió una carta al Registrador de la Propiedad demandante en la que, refiriéndose a él como «quien dice ser Registrador accidental del Registro de la Propiedad de Lloret», se indicaba: «Esa última decisión sólo puede calificarse como una maquinación en el ejercicio de funciones públicas, consciente y deliberada urdida con el exclusivo fin de hurtar a la Dirección General de los Registros y del Notariado el conocimiento de las graves corruptelas y arbitrariedades, caprichos personales, opacidades y, en general, irregularidades que de forma generalizada y sistemática se producen en los Registros de Lloret de Mar». En la citada carta se apuntaba igualmente a la incompetencia del funcionario accidental para arrogarse funciones personales del funcionario calificador, y para atribuirse decisiones procedimentales que no se reconocen en la Ley 24/2001, señalando que la calificación y despacho del documento se practicaron por el funcionario accidental antes de que el recurso tuviera entrada en el registro, por lo que no es cierto que se reformara la calificación y se despachara el título de conformidad con las alegaciones del Notario.

Tras la referida carta, el demandado formuló recurso de queja ante la Dirección General de Registros y del Notariado, a fin de que ésta ordenase elevar el expediente para su resolución por dicho centro directivo, en cuya argumentación se ponían igualmente de manifiesto las que se consideraban irregularidades en la tramitación, señalando que tanto el registrador titular como el accidental podían estar dictando a sabiendas resoluciones injustas, diseñado una estrategia tan alambicada como tosca para impedir a toda costa el acceso de los interesados perjudicados por esta disfunción registral a los órganos administrativos que deben prestarle amparo y velar por la transparencia y legalidad del ejercicio de la función pública registral. Añadiendo que tal comportamiento constituye un clamoroso fraude que debe ser inmediatamente corregido disciplinariamente por la superioridad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso de queja «al no haber contención ni necesidad de salvar la responsabilidad del Notario al haber aceptado los Registradores sus alegaciones, no procede la tramitación del recurso gubernativo. Lo cual puede por sí solo apreciarlo el Registrador, sin perjuicio de la posibilidad de apelar ante este Centro Directivo

como se ha hecho en este caso. En consecuencia, este Centro Directivo acuerda que no proceden las medidas disciplinarias contra los Registradores denunciados, que actuaron precedentemente».

Promovido por el Registrador demandante juicio ordinario para la tutela y protección jurisdiccional del derecho al honor, por intromisión ilegítima, la demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación del actor, y, revocando la resolución de primer grado, estimó en parte la demanda, declarando que las expresiones vertidas por el demandado en los escritos aportados con el escrito rector constitúan manifestaciones lesivas para el honor del demandante, al dañar su dignidad personal y menoscabar su prestigio profesional; y, consiguientemente, condenó al demandado a indemnizar al actor en la cantidad de cuatro mil euros, con los correspondientes intereses legales. El notario demandado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, articulado su impugnación a través de tres motivos, en los que se alega la vulneración del artículo 20 CE, en relación con el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en relación con los artículos 18.2, 19 bis 2, 322 y 323 LH. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto considerando que ha de prevalecer la libertad de expresión cuando se trata no ya de ejercer el derecho de defensa utilizando los recursos pertinentes, sino de poner en conocimiento de la autoridad competente determinados hechos que para el recurrente ponían de manifiesto una actuación irregular que podía ser constitutiva de infracciones disciplinarias. (P. B. M.)

11. Derecho al honor frente a libertad de información. Doctrina sobre el reportaje neutral.—El Tribunal Supremo recoge la doctrina relativa al llamado reportaje neutral, contenida en diversas sentencias (entre otras, SSTS de 18 de mayo de 2002, 22 de diciembre de 2003, 21 de julio de 2007 y 24 de enero, 25 de septiembre y 1 de octubre de 2008). Conforme a la misma, para hablar de un reportaje neutral, el medio de comunicación ha de ser un mero transmisor de las declaraciones o afirmaciones de un tercero, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. No han de incluirse, por tanto, opiniones o juicios de valor, comentarios ni glosas, ni se pueden omitir datos o informaciones relevantes, y el medio de comunicación ha de indicar en concreto de quién proceden las manifestaciones vertidas. Por otra parte, en el caso del reportaje neutral, únicamente se exige constatar la verdad del hecho de la declaración, sin extenderse a la veracidad de ésta, cuya constatación sólo es exigible al autor de la declaración. Esto es así, siempre que el medio de comunicación no conozca que la información no es veraz. (STS de 2 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En un periódico de Tenerife apareció publicada una noticia en la que se daba cuenta, sin más, de un proceso penal por estafa seguido contra tres médicos y una farmacéutica por la falsificación de recetas. En el artículo, se informaba de la acusación y se

indicaba quién era la farmacéutica (el nombre e iniciales del apellido), así como la ubicación de la farmacia. Al parecer, tal información se había obtenido en la vista oral del juicio seguido en la Audiencia Provincial, habiendo quedado identificada la mencionada farmacéutica tanto en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, como en la sentencia penal dictada. En esta sentencia se absolvía a esta mujer, hecho del que también dio cuenta posteriormente el periódico en cuestión.

Pese a ello, la citada farmacéutica interpuso demanda contra la periodista autora del artículo, el director del periódico y la empresa editora del mismo, por vulneración de su derecho al honor y a la intimidad. Concretamente, la demandante solicitaba una indemnización por la intromisión en sus derechos, así como la condena a la publicación de la sentencia.

La demanda fue desestimada en primera instancia y la demandante interpuso recurso de apelación. Éste fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, quien concedió ambos pedimentos contenidos en la demanda por vulneración del derecho a la intimidad de la recurrente, si bien rebajó en gran medida la cuantía de la indemnización solicitada. Razonaba la sentencia que el interés general no justificaba en todo caso la publicación de detalles o cita de datos irrelevantes para hacer llegar la información y que pueden atentar contra los derechos más íntimos de las personas a las que se refieran. Frente a este fallo interpusieron entonces recurso de casación los demandados en primera instancia. (A. M. M.)

12. Derecho de autoorganización de las personas jurídicas de derecho privado, entre las que pueden incluirse las Cajas de Ahorros. Límites, en este ámbito, del control judicial.—Esta Sala ha proclamado repetidamente que debe respetarse el derecho de autoorganización de las personas jurídicas de derecho privado, entre las que pueden incluirse las Cajas de Ahorros, con su peculiar naturaleza jurídica; así el Tribunal Constitucional, si bien ha venido declarando que la actividad de las asociaciones «no forma naturalmente una zona exenta de control judicial» (STC 218/1988, de 22 noviembre), ha determinado cuál es el ámbito de este control, ya que de acuerdo con el artículo 22 CE, la autonomía de las asociaciones para establecer su propia organización forma parte también del núcleo del derecho fundamental reconocido en la mencionada norma constitucional. Esta Sala ha aplicado el mismo criterio y, tal como afirma la S de 5 de julio de 2004 que «la persona jurídica goza de la facultad de autoorganizarse y, mientras no se declare la nulidad de los Estatutos o de una norma de los mismos, de autogobernarse; el control judicial se produce cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales, pero en ningún caso el órgano judicial puede sustituir la voluntad de la persona jurídica, manifestada a través de sus órganos de gobierno» (*vid.* asimismo SS de 24 de marzo de 1992, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de julio de 2001, 16 de junio de 2003, 31 de marzo de 2005, 23 de junio de 2006 y 6 de noviembre de 2007).

En definitiva, lo que aquí se nos está pidiendo es si las normas reguladoras de las Cajas de Ahorros [...] y los Estatutos de la Caja de Ahorros Provin-

cial de [...] han sido bien interpretados por la Comisión electoral. Las normas reguladoras de la elección prevén dos sistemas para llegar a la designación de los candidatos que la Asamblea debe acabar votando: la elección entre ellos de las candidaturas que se presenten y caso que ello no funcione, como realmente ocurrió por el empate producido, el de la mayor edad, que no ha sido impugnado como criterio por la parte recurrente. La aplicación de éste deriva de que no se puede emplear el de la candidatura cerrada para elegir al suplente, al haberse producido un empate y no funcionar ni el de la mayoría ni el de la proporcionalidad previstos en los Estatutos. Por ello no resulta ni absurda ni contradictoria la interpretación efectuada por la Comisión electoral al utilizar el de la mayor edad para designar al suplente que debería ser elegido por la Asamblea general entre los candidatos propuestos. Se produce en este caso una laguna que fue solucionada por la interpretación de la comisión electoral, que era quien podía hacerlo, por el criterio de analogía entre situaciones iguales, decisión que fue bien refrendada por la sentencia recurrida.

Además, debe advertirse que ninguna de las disposiciones que se denuncian como infringidas tienen ninguna relación directa ni indirecta con el problema efectivamente planteado que, ya se ha dicho, produce una laguna legal, que sólo puede resolverse aplicando la vía interpretativa utilizada a la espera de qué texto normativo lo solucione.

Mayoría exigida para la validez de los acuerdos adoptados por la Asamblea General de una Caja de Ahorros.—El segundo motivo denuncia la infracción del artículo 36 de la Ley 4/1977 (LCACM), en relación con lo previsto en el artículo 19 de los Estatutos de la Caja de Ahorros Provincial. Se refiere la decisión a considerar válidamente adoptada una decisión de la Asamblea general extraordinaria por no haber tomado parte en la votación 36 de los consejeros, que decidieron no votar. Entienden los recurrentes que estos consejeros votaron en contra de que la Asamblea se pronunciara sobre la cuestión planteada. Por ello, «cuando se produce la elección, además de las abstenciones, existe una postura que se manifiesta en el sentido de no votar por entender que la elección no debe hacerse por la Asamblea General en los términos propuestos. Los que manifiestan expresamente no votar no se están absteniendo, sino que están manifestándose en contra de que la Asamblea general vote sobre este punto».

El motivo debe ser estimado.

El artículo 19 de los Estatutos de la Caja de Ahorros Provincial de G., aprobados por resolución de la Consejería de Economía y Hacienda de 22 de marzo de 1988 establece que «los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de los votos de los concurrentes» y reitera que «los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por la mayoría simple de los votos de los asistentes», excepto en algunos casos, en los que se «requerirá el voto favorable de los dos tercios de los asistentes». Por tanto, la regla establecida para la formación de la voluntad en la toma de acuerdos es que el *quorum* se forma sobre los miembros de la Asamblea General que están presentes en la reunión.

Resulta probado que el acuerdo de la Asamblea General en relación con la elección del miembro suplente fue adoptado por 35 votos favorables y 5 abstenciones y que 36 de los miembros presentes se abstuvieron de votar; por tanto, los asistentes a la asamblea eran 76, por lo que la mayoría simple era de 39 votos a favor de la propuesta, lo que impide considerar válido el acuerdo tomado por 35 votos favorables. Ciertamente, los no votantes no pueden

ser considerados como votos contrarios a la propuesta, pero este argumento no resulta decisivo, al no haber votado la mayoría simple de los asistentes, como se exige en los Estatutos de la Caja de Ahorros, que es la norma que debe aplicarse. **(STS de 16 de octubre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La Asamblea General de una Caja de Ahorros se reunió en sesión extraordinaria al objeto de cubrir dos vacantes en su Comisión de Control (un miembro y suplente en representación de la Diputación Provincial como Corporación Fundadora). Presentadas dos candidaturas (A y B), resultaron empatadas decidiéndose entonces aplicar el criterio de la mayor edad, de acuerdo con el cual se eligió al candidato —de la candidatura A— que la ostentaba. El problema se planteó con la elección del suplente que —de acuerdo con quienes impugnaron la elección— debía tener lugar con arreglo a lo dispuesto en los Estatutos de la Caja y no con arreglo al criterio de la mayor edad que fue el que, de nuevo, se siguió resultando elegido uno de los representantes de la candidatura B. Es dato relevante el que 36 de los miembros de la Asamblea no votaron ni se abstuvieron, si bien estaban presentes. La Diputación Provincial y algunos miembros de la Asamblea demandaron a la Caja de Ahorros interesando la declaración de nulidad de la elección del suplente que efectivamente obtuvieron pues su demanda resultó estimada. Apelada la resolución por la Caja de Ahorros, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado. Interpusieron recurso de casación los actores en la instancia y el Tribunal Supremo lo acogió declarando la nulidad del acuerdo por el que resultó elegido el suplente. (*R. G. S.*)

13. Asociación de Socorros Mutuos de la Guardia Civil. Reconocimiento del derecho de los asociados a darse de baja. No se trata de una entidad de adscripción obligatoria porque no persigue fines de carácter público que tengan relevancia constitucional.—Sin embargo, es cierto que, a diferencia de lo que constataba la STC 244/1991, de 18 de diciembre, respecto de la «Asociación Mutuo Benéfica de la Policía Nacional», la Asociación ahora recurrente no se ha adaptado ni a la Ley de Asociaciones ni a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado. Es este un factor que se ha de tener en cuenta para valorar la específica posición de la Asociación ahora recurrente en cuanto que, en definitiva, trata de alcanzar fines u objetivos de asistencia y protección que pueden ser conseguidos a través de asociaciones o instituciones de previsión y aseguramiento. Pero sobre todo, compartiendo las apreciaciones de la Sala de instancia, se ha de llegar a la conclusión de que la «Asociación de Socorros Mutuos de la Guardia Civil» no se dirige a la consecución de fines de carácter público que tengan relevancia constitucional, respecto de los cuales, por otra parte, se haya acreditado que sin la adscripción forzosa se presente la imposibilidad, o al menos la dificultad de alcanzarlos en el tiempo actual. Además de que, en efecto, los asociados se encuentran en una situación en la que carecen de garantías en cuanto a las facultades que hay que reconocerles frente a la aso-

ciación como uno de los componentes del derecho fundamental de asociación (SSTC 173/1998, de 23 de julio; 104/1999, de 14 de junio; 135/2006, de 27 de abril). (**STS de 25 de septiembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Los demandantes, que eran guardias civiles, demandaron a la Asociación de Socorros Mutuos de la Guardia Civil solicitando que se declarase el derecho de los actores a causar baja voluntaria en la asociación demandada, que contestó aduciendo que es una entidad de naturaleza jurídica diferente a las asociaciones mencionadas en el artículo 22 CE, ya que se trata de una entidad benéfica de carácter particular y asistencial. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y con ello la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Simulación absoluta. Falta de causa. Causa ilícita.—Como afirma la S de esta Sala de 11 de febrero de 1998, de la falta real de precio en la compraventa «se deriva la consecuencia jurídica de simulación absoluta que implica la inexistencia del contrato por falta del elemento esencial de la causa (así, SSTs de 30 de octubre de 1985, 16 de abril de 1986, 5 de marzo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 16 de junio de 1989, 1 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 23 de julio de 1993 y 16 de marzo de 1994) a lo que cabe añadir, con la STS de 13 de marzo de 1997, que la falta absoluta de causa no admite condicionante alguno «pues lo que no existe no puede generar consecuencia alguna de licitud o ilicitud». Es cierto que las partes estaban guiadas por una finalidad ilícita al celebrar los referidos contratos —sustraer los bienes a la posible acción de los acreedores del vendedor— pero esa finalidad no dota de causa al contrato de compraventa en el que ambas partes convienen que no ha de existir transferencia de la propiedad de la cosa al comprador ni pago de precio alguno por parte de éste. La S de esta Sala de 21 de julio de 2003, con cita de la de 1 de abril de 1998, afirma que «a la vista del artículo 1274 CC se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición». En el supuesto ahora contemplado, el móvil ilícito e inmoral perseguido por los contratantes no se integra en el contrato para dotarle de causa ni ha de producir efectos civiles, sin perjuicio de que en su momento los hubiera podido generar en el ámbito penal; de donde se deriva que, declarada la nulidad de los contratos por simulación absoluta, se haya de volver necesariamente a la situación material anterior a su celebración por aplicación de lo establecido en el artículo 1303 CC.

Imprescriptibilidad de las acciones.—En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el artículo 1301 CC se refiere a los contratos meramente anulables —en que concurren los requisitos que expresa el art. 1261, como refiere el artículo 1300— y no a aquellos que,

como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (SSTS de 4 de noviembre de 1996, 14 de marzo de 2000, 18 de octubre de 2005, 22 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2008, entre otras muchas). **(STS de 14 de noviembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A causa de problemas económicos, y con el propósito de extraer del patrimonio empresarial bienes de patrimonio personal, don Francisco y su esposa (demandantes) formalizaron en 1981 una escritura pública de compraventa simulada de un chalet y una parcela a favor de don Ángel y su esposa. Puesto que la situación económica de don Francisco no mejoraba, en el año siguiente éste pidió a don Ángel el mismo favor respecto a una vivienda que pertenecía a su esposa. Varios problemas personales forzaron a don Ángel a rechazar la propuesta. Como consecuencia de ello, en el año 1982 se procedió a la celebración de las correspondientes escrituras públicas, otorgándolas la esposa de don Francisco a favor de don Juan y su esposa respecto a la vivienda, y don Ángel y su esposa a favor de don Juan y su esposa respecto al chalet y la parcela. En ninguna de las transmisiones hubo ni precio real ni pago. Don Francisco y su familia se han mantenido de forma constante en la posesión pacífica e interrumpida de los bienes. Pasado el tiempo y hecho el intento de adecuar la situación registral, don Juan y su esposa se opusieron.

La demanda interpuesta por don Francisco y su hija (causahabiente y heredera única de la esposa de don Francisco) contra don Ángel y don Juan y sus esposas, solicitando la nulidad de los contratos, fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que declaró nulos los contratos por falta de causa, y desestimada por la Audiencia Provincial de Alicante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación entendiéndolo que la falta de precio real indica existencia de una simulación absoluta que implica la inexistencia del contrato por falta del elemento esencial de la causa. (M. L. K.)

15. *Exceptio non adimpleti contractus.*—Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente la *exceptio non adimpleti contractus*, o contrato no cumplido o inadecuadamente ejecutado, su existencia se admite a través de dicho artículo 1124 y la jurisprudencia de esta Sala al declarar –SS de 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 3 de diciembre de 1955 y 20 de diciembre de 1975– que si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones, no lo es menos que el que las incumplió como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, conserva este derecho, pues la conducta del que incumple primero es lo que motiva el derecho de resolución y le libera desde entonces de sus obligaciones (STS de 26 de octubre de 1978).

En el presente caso [...] el demandante futuro comprador ha incumplido totalmente su obligación de pago del precio pactado, por carencia absoluta de numerario; así como también se ha acreditado la inexistencia de incumplimiento alguno de obligaciones a cargo de los demandados futuros o posibles

vendedores. De ahí que, la excepción formulada por éstos enerva la acción ejercitada por el demandante, pues carece tanto de la misma si pretende el otorgamiento de la escritura de compraventa a su favor como –lo que ha ocurrido– si pretende devolución de la cantidad entregada e indemnización de daños y perjuicios.

Diferencia entre precontrato y contrato definitivo.—La S de 5 de octubre de 2005, en línea con la doctrina consolidada de esta Sala, diferencia el precontrato de compraventa del definitivo, constituyendo el precontrato «una primera fase del *iter contractus*: la relación jurídica obligacional nace en aquél y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el precontrato que es distinto del contrato y no produce los efectos de éste, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino sólo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la celebración del contrato preparado y es éste el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el precontrato consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa que han seguido con clara precisión las SS de 11 de octubre de 2000, 20 de abril de 2001 y 31 de diciembre de 2001».

Si bien estamos en presencia de un precontrato de compraventa no parece ocioso olvidar declaraciones jurisprudenciales como la contenida en la STS de 5 de diciembre de 1997: «el carácter sinalagmático del contrato de compraventa entroniza plenamente el principio que configura la excepción *non adimpleti contractus*, creación jurisprudencial que tiene su fundamento en los artículos 1100 y 1124, ambos del Código civil, y que supone que si alguna de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento, o, en este caso, la resolución del contrato de compraventa sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la referida excepción, como emblemática y epítome de dicha doctrina jurisprudencial se han de citar las SS de 16 de abril de 1991 y 30 de octubre de 1992». (STS de 24 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don J. M. y la mercantil A demandan a 7 de los 87 trabajadores adjudicatarios de una finca industrial como consecuencia de un procedimiento seguido ante un Juzgado de lo Social. Los actores interesaban la resolución del compromiso privado suscrito con los referidos adjudicatarios para la venta (a los primeros) de la citada finca. El motivo era –decían– el incumplimiento de las obligaciones asumidas por éstos al haber vendido a un tercero la finca en cuestión. La sentencia de instancia apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Apeló don J. M. y la Audiencia, rechazando la excepción anteriormente opuesta, entró en el fondo y desestimó la demanda en su integridad. Quedó probada la firma del acuerdo al que siguió la entrega por parte de don J. M. –en su propio nombre– de 25 millones de pesetas para garantizar que la compraventa se llevaría a efecto antes de determinada fecha con devolución de la cantidad entregada el día del otorgamiento de la escritura y pago íntegro del precio, o en caso de que la venta no tuviera lugar por causa no imputable a la parte compradora. Como datos fácticos inquestionables constaban también: 1) que la compraventa no se perfeccionó en el plazo previsto por carecer de numerario la sociedad compradora, y 2) que a la vista de lo anterior, los adjudicatarios

vendieron la finca a la sociedad B que inscribió su dominio en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por don J. M. (R. G. S.)

16. Contrato de compraventa: acción de cumplimiento (art. 1.124 CC). Incumplimiento esencial de la compradora: no se estima; mero retraso.—Es evidente que se ha producido un retraso en el cumplimiento, pero no puede considerarse como esencial porque no ha privado al acreedor de lo que podía esperar como consecuencia del contrato, puesto que, de acuerdo con lo que declara probado la sentencia recurrida, la obra estaba acabada en el momento de dictarse y el acreedor se había negado a recibirla, porque había interpuesto ya la demanda que da lugar al presente recurso de casación. Por ello, hay que entender que: a) la prestación es aun idónea para satisfacer los intereses del acreedor, que debe considerarlo así, cuando opta por el cumplimiento de acuerdo con el artículo 1124.II CC; b) no existe una voluntad incumplidora de los deudores que han ido superando los obstáculos presentados a la construcción del edificio, algunos de los cuales pueden ser imputadas al propio acreedor cuando aun era propietario de los terrenos, como la falta de licencia dada la diferencia entre el plan propuesto y el que era posible aprobar de acuerdo con las normas de edificación del Ayuntamiento de León y la existencia de un prisma de la Compañía Telefónica, que hubo de ser trasladado, lo que hubiera debido ser advertido por el vendedor, y c) el retraso debe poder justificar la resolución, lo que no ocurre en el presente caso. Además, el vendedor no ha alegado ninguna razón que permita entender que el plazo establecido era esencial en el contrato. Por tanto, la conclusión a que llega esta Sala es que habiendo incumplimiento que se manifiesta en la entrega tardía de lo pactado, no puede ser considerado como esencial, por lo que no es aplicable la regla del artículo 1124.II CC, que se ha denunciado como infringida. (STS de 17 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La entidad MODEL CASA, S.L. promovió la construcción de un edificio en un solar. El terreno fue adquirido a don Pedro Jesús. Respecto al precio se pacta una parte en metálico y otra mediante «entrega por los ahora compradores y los que de ellos traigan causa en su día al vendedor, de cuatro viviendas, diez plazas de garaje y cuatro trasteros y un local en el sótano del edificio que en su día se construya». La edificación sufre una serie de retrasos, debidos, fundamentalmente a dos causas: a) denegación de licencia por no ajustarse el proyecto al estudio de detalle del sector respecto al espacio de edificabilidad, y que fue subsanado y culminó con la obtención de la licencia en noviembre de 1998; y b) la necesidad de modificar el proyecto inicial debido a la existencia de una instalación de Telefónica. La obra concluye en diciembre de 2001, seis meses después de presentada demanda por don Pedro Jesús, que en aquel momento se niega a recibir las viviendas una vez concluidas. Don Pedro Jesús demandó a la comunidad de construcción y pidió el cumplimiento del contrato, en virtud del artículo 1124.I CC y una indemnización por el retraso y el deterioro de los materiales de la construcción. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Y la Audiencia Provincial rechaza la apelación. (S. M. S.)

17. Promesa de compra y venta. Retraso en el pago. Resolución del contrato.—Dado el diferente origen de las normas contenidas en los artículos 1100 y 1124 CC, la constitución de la mora no se entrecruza con la resolución y no debe impedirla. Ciertamente, el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación no está contemplado directamente en el artículo 1124 CC, puesto que se requeriría que se hubiese constituido en mora al deudor, lo que no es suficiente.

Retraso en el pago. Interpretación del contrato. Incumplimiento de las obligaciones. Resolución del contrato.—Cuando el deudor no paga lo que debe y ha de ser constreñido para ello mediante un juicio ejecutivo, ya no nos encontramos ante el supuesto de la mora, sino ante un caso directo de incumplimiento, que además, debe ser considerado como esencial porque impide directamente la satisfacción del fin económico del contrato de compraventa, de modo que si el obligado no ha ejecutado en absoluto su prestación, en este caso, el pago del precio, y el plazo ha vencido, la resolución del contrato puede demandarse sin necesidad de constituir especialmente en mora al demandado. Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.II CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como «voluntad deliberadamente rebelde del deudor», sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006, entre otras). Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, «si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra». Este principio se repite en el artículo 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el artículo 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991; en su artículo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial

del contrato» (SSTS de 5 de abril y 22 de diciembre de 2006). (**STS de 3 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Las empresas V. y M. habían firmado un contrato calificado por ambas partes de compromiso de compra-venta en el que V. se obligaba a vender y M. a comprar toda la cosecha de uvas que producían anualmente las fincas de aquélla. Las relaciones entre las contratantes fueron deteriorándose debido a los problemas que hubo en la cosecha de 1993 (M. no pagó cuatro letras de cambio). Para asegurar el pago de la siguiente cosecha V. impuso la condición de que M. librase a la vendedora una letra a cuenta de liquidación final aceptada. M. se opuso, por lo que V. no entregó la cosecha en curso ni la siguiente, intentando resolver el contrato en el año 1995. M. no aceptó.

La demanda fue interpuesta por M., solicitándose el incumplimiento del contrato y pago de daños y perjuicios. La demandada se opuso entendiendo que ante la insolvencia del vendedor tuvo derecho a revender sus cosechas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. Apelada la decisión por ambas partes, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia declarando un retraso en el cumplimiento por parte de M. y un incumplimiento esencial del contrato por parte de V. Recurrida la sentencia por ambas, el Tribunal Supremo estimó el recurso presentado por V., entendiendo que la promesa de compra-venta celebrada entre las partes constituye una obligación sinalagmática, en cuyo caso el impago da lugar a un incumplimiento esencial del contrato. (*M. L. K.*)

18. Incumplimiento resolutorio. Excepción *non adimpleti contractus*.—Esta Sala había venido manteniendo que sólo existe incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras).

Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002).

Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 [...] cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que el «incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.»

El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran las *lex mercatoria* (ley comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.

En suma, la jurisprudencia más reciente tiene declarado que el incumplimiento contractual que da lugar al ejercicio de la facultad resolutoria contemplada en el artículo 1124 CC debe ser esencial, intencional y que haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo, privando sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato (STS de 19 de mayo de 2008).

La aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* exige, de acuerdo con estos principios, que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación de incumplimiento, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante (SSTS de 21 de octubre de 1994 y 7 de junio de 1995). En consecuencia, la excepción de contrato incumplido para oponerse a la facultad resolutoria ejercida por la contraparte en las obligaciones recíprocas, debe fundarse en un incumplimiento de relevancia suficiente para llevar consigo la frustración del interés de la contraparte en la celebración del contrato.

En el caso examinado se advierte que la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos se aceptan por la sentencia recurrida, afirma que «no habiendo negado su obligación de pago de la parte correspondiente a contribución y tasa de basuras, así como el consumo de agua caliente y resultando que de la certificación emitida por Caja A. no se han abonado las tasas correspondientes a los meses de octubre y diciembre de 2000, así como 5.000 pesetas del mes de mayo y 10.000 pesetas del mes de junio del mismo año, proce-

de acceder a la pretensión de la demandada reconviniente» y, por su parte, la sentencia recurrida, al no confirmar esta apreciación, acepta la alegación de la parte demandada en el sentido de que «la arrendataria no ha cumplido con su obligación contractual fundamental de pago».

De estos hechos [...] se infiere que el incumplimiento por parte de la arrendataria, que comprende varios meses de renta y las cantidades correspondientes a contribución, tasa de basuras y consumo de agua caliente por el período de un año de contrato, tiene suficiente entidad para ser considerado como un incumplimiento de sus obligaciones principales (pago de la renta y cantidades pactadas) suficientemente relevante en la economía del contrato para el arrendador, cuyo interés en obtener lo que tenía derecho a esperar se ve frustrado cuando se produce un impago, aunque no sea total, de la renta y cantidades pactadas, que en este caso [...] la demandante ha reconocido no haber satisfecho; teniendo en cuenta que en el caso examinado el incumplimiento se mantiene a lo largo del tiempo y no permite por ello esperar razonablemente un cumplimiento futuro. (STS de 30 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras la denegación de la prórroga del contrato de alquiler de una vivienda por necesidad del propietario, la arrendataria lo demanda por tratarse, a su juicio, de una denegación indebida ya que la vivienda fue ocupada por una nieta del arrendador. Éste reconvinó solicitando determinados gastos pendientes de pago que la inquilina se había comprometido a satisfacer. Las pretensiones de la arrendataria fueron rechazadas en ambas instancias estimándose, en cambio, el derecho del arrendador-propietario al cobro de las sumas adeudadas. La Audiencia fundó su decisión en que la opción que la LAU concede al arrendatario en su artículo 9.3 es análoga a la que el Código civil contempla en su artículo 1124 al exigir, en todo caso, el previo cumplimiento de aquello a que se estuviera obligado. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la arrendataria. (R. G. S.)

19. La iliquidez de la deuda y la determinación de la cantidad exigible son conceptos técnicamente distintos.—[...] en puridad no hay iliquidez de la deuda, pues la actora reclama la cantidad que resulta de la liquidación del saldo de la cuenta corriente abierta en su día por aquél de quien trae causa la parte recurrente, siendo conceptos técnicamente diferentes la iliquidez de la deuda y la determinación de la cantidad exigible, concretada tras el resultado de la prueba practicada en el proceso.

Paso del criterio *in illiquidis non fit mora* a la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama.—Si bien es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora (arts. 1100 y 1108 CC) cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podía generar era inferior a la reclamada en la demanda, considerando, por lo tanto que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del *debitum* convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia, no es menos cierto que dicho criterio fue paulatinamente abandonado para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la apli-

cación del brocardo de continua referencia, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición al deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama. Las razones que abonan semejante cambio de orientación jurisprudencial son de diverso orden, y van desde la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero, hasta la constatación de la existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas, y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa –que había sido negada respecto de quien ignoraba lo que realmente debía: *non potest improbus viteri, qui ignorat quantum solvere debeat*, Digesto 50.17.99–, pasando por la comprobación empírica de que los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, según recuerdan las SS de 9 de febrero y de 2 de julio de 2007 –con cita de otras anteriores– le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada.

Esta nueva orientación jurisprudencial se recoge, entre las más recientes, en la S de 19 de mayo de 2008, en la que destaca el sometimiento de la regla *in illiquidis non fit mora* al canon de razonabilidad en la oposición para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses y para la concreción del término inicial del cómputo del devengo. Tal como precisa dicha S, recogiendo los términos de la de 16 de noviembre de 2007, este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y las demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación de las circunstancias del caso enjuiciado.

De todo lo anterior resulta que, incluso examinada la pretensión de condena al pago de los intereses desde la perspectiva de la aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, ésta debe ser considerada procedente [...]. **(STS de 11 de septiembre de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–El Juzgado estimó en parte la demanda por la que Unicaja reclamaba a la herencia yacente de D. A. determinada cantidad –el saldo deudor que arrojaba la cuenta abierta en una de las oficinas de la entidad– más el interés pactado de dicha suma desde la interposición de la demanda. La Audiencia desestimó el recurso de apelación promovido por la representación de la herencia yacente de D. A., representación que interpuso finalmente recurso de casación. El único motivo del recurso se concretaba en la infracción por aplicación indebida de los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código civil en relación con la regla *in illiquidis non fit mora* arguyéndose que, al haberse condenado a una cantidad inferior a la solicitada en la demanda, resultaba improcedente la condena al pago de intereses, por ser ilíquida la cantidad reclamada, y por no incurrir el deudor en mora sino a partir del momento en que se fija la cantidad debida por sentencia firme. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

20. Cláusula penal. Moderación de la pena: artículo 1154 CC; procedencia.—El desistimiento del que se trata en el caso hay que entenderlo producido no *ad nutum* o por libérrima decisión, sino por concurrir una justa causa o causa relevante. Esto es, por tratarse de una denuncia justificada —supuesto al que, con distintas denominaciones, se refieren algunos textos legales, como los arts. 1707, 1736, 1737, 1749 y 1776 CC. Las partes pactaron una sanción para el caso de que HNPSAS renunciara anticipadamente al contrato, al modo de una especie de «dinero de arrepentimiento», y, por tanto, de todas las obligaciones nacidas a su cargo. El Tribunal de apelación moderó esa sanción económica por considerar que la causa de extinción del vínculo no había sido la prevista por las partes —denuncia *ad nutum*— sino otra del mismo género, pero de especie cualitativa distinta —la denuncia con justa causa—. Tal conclusión obtenida por analogía, no es contraria al sentido que la jurisprudencia respetuosa con la voluntad presunta de los contratantes, atribuye a la norma del artículo 1154 CC.

Excepción de contrato incumplido: artículo 1124 CC; sólo faculta al deudor para oponer una negativa meramente provisional que neutralice temporalmente la exigibilidad del derecho de la otra parte.—Facultad reconocida a la parte que debe cumplir simultáneamente o con posterioridad a hacerlo la otra, de suspender el pago —en todo o en parte, según sea razonable— hasta que la misma le haya hecho una oferta seria de cumplir o haya efectivamente cumplido, no se regula expresamente en nuestro Código civil, si bien diversos preceptos en él contenidos efectúan aplicaciones concretas de la misma —arts. 1308, 1466, 1467, 1500 y 1502 y la jurisprudencia ha admitido dicha excepción en sus dos manifestaciones (arts. 1100 y 1124 CC). Sin embargo, no produce la consecuencia de liberar de modo definitivo al deudor al que se reclama el cumplimiento, sino que sólo le faculta para oponer una negativa meramente provisional que neutralice temporalmente la exigibilidad del derecho de la otra parte de la relación, condicionándola sucesivamente al cumplimiento previo o simultáneo de la obligación recíproca. Por ello, no tiene aplicación cuando el sinalagma funcional derivado del contrato ha quedado extinguido, lo que no es incompatible con que las prestaciones restitutorias postcontractuales o propias de la liquidación del contrato se rijan por la misma regla: artículo 1308 CC ya que, en tal caso, lo que procede es liquidar definitivamente la relación. (STS de 12 de diciembre de 2008; no ha lugar). [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—HNPSAS es propietaria de un edificio compuesto de locales comerciales, oficinas y aparcamientos. Concluye contrato con CCCSA, en virtud del cual la segunda quedó obligada a administrar el inmueble con el máximo rendimiento económico. La gestión se convino que alcanzara a los contratos de arrendamiento, facturación, cobro de rentas, limpieza, seguridad y mantenimiento del conjunto, así como régimen de horario de los establecimientos, elaboración de presupuestos de cargas comunes, asesoramiento comercial... Según las cláusulas 3.^a y 4.^a del contrato CCCSA quedó obligada, en caso de que los beneficios anuales fueran inferiores a los previstos en forma, a pagar a la propietaria un tanto por ciento de la diferencia. En la cláusula 10.^a, las partes convinieron que si HNPSAS renuncia anticipadamente al presente contrato, CCCSA tendrá derecho a una indemnización por todos los conceptos equivalente a la cuantía fija total del año en curso. HNPSAS interpone dos demandas que se acu-

mulan contra su contraparte. En la primera reclamaba el pago de la suma a su cargo como consecuencia de no haber obtenido en uno de los ejercicios anuales el beneficio previsto. En la segunda, interpuesta meses después, ante el afirmado incumplimiento por la demandada, solicitaba que se condenase a la misma a pagarle la suma que al margen de la reclamada en la otra demanda resultara de la liquidación procedente, con inclusión de la derivada de que tampoco se hubieran alcanzado los beneficios previstos con la gestión en el ejercicio anual siguiente al contemplado en el primer proceso. La demandada, en reconvencción, alegó que la relación contractual había quedado extinguida no por resolución, sino por denuncia de la propietaria. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte las demandas y la reconvencción. La Audiencia confirmó la decisión recurrida. (S. M. S.)

21. Cláusula penal moratoria: inaplicabilidad del artículo 1154 CC.—La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera en esta sentencia la doctrina jurisprudencial (recogida, entre otras, en las SSTs de 29 de noviembre de 1997, 27 de febrero de 2002 y 25 de enero de 2008) según la cual el artículo 1154 CC, que reconoce la facultad de los tribunales de moderar la cuantía la cláusula penal, no es aplicable a las cláusulas penales moratorias. Este tipo de cláusulas se caracterizan porque se pactan exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación y, a juicio del Tribunal Supremo, en estos casos el mero retraso en el cumplimiento de la obligación es incompatible con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicas hipótesis en las que se reconoce a los tribunales, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 1154 CC, la facultad de moderar la cuantía de la cláusula penal. (STS de 16 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de V. interpone una demanda contra C. y la entidad mercantil HP, S. L., ejercitando dos acciones: por una parte, una acción de recuperación de la posesión de una concreta finca (dicha finca es propiedad de la parte demandante y ha expirado el plazo pactado para su devolución en un contrato transaccional); y, por otra, una acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación de desalojo en la fecha convenida (conforme a lo dispuesto en la cláusula penal pactada en el citado pacto transaccional para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega).

El demandado C. se opuso a la demanda alegando que no tenía relación contractual alguna con el Ayuntamiento de V. (realizó una subrogación a favor de la empresa HP, S. L.). Por su parte, la entidad codemandada HP, S. L., también se opone a la demanda y afirma que su actuación es correcta, pues existe un incumplimiento previo por parte del Ayuntamiento de V.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda respecto del demandado C. y la estima respecto de las pretensiones planteadas contra la entidad mercantil HP, S. L. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los codemandados. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de V. (M. J. P. G.)

22. Rescisión de donación por fraude de acreedores. Requisitos.—La Audiencia Provincial ha hecho recaer el peso de la denegación de la improcedencia de la acción rescisoria sobre la base de que en el momento en el que se realizó la donación (13 de febrero de 1992) Felipe, el fiador solidario, no era deudor pues el vencimiento de la primera letra impagada fue en 1993, tal es la *ratio decidendi*. La Sala de apelación, aparte de que despacha el rechazo de la acción rescisoria con razonamiento parco, que orilla aspectos importantes en el tratamiento de la cuestión, acude a un criterio puramente cronológico sobre la preexistencia del crédito al interpretar el artículo 643.2.º CC, criterio que no se compadece con la doctrina seguida por esta Sala, que lejos de propugnar un automatismo radical en cuanto al tiempo de exigibilidad del crédito acude a criterios de razonabilidad y flexibilidad, y así, en S de 19 de junio de 2007, declara, con cita de la S de 17 de julio de 2006, que, respecto de la existencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las SS de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005, que este requisito ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios o, como afirma la S de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia, añadiendo que es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando este se hace en la previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia en el deudor. También se cumplen el resto de requisitos de la acción rescisoria, respecto de los cuales declara la ya citada S de 19 de junio de 2007 que son: A. La existencia de un crédito anterior a favor del accionante y en contra del que enajena la cosa, requisito cuya efectiva concurrencia ya ha quedado examinada. B. La realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena, consistente, en el presente caso, en la donación de los inmuebles otorgados a favor del hijo por el deudor solidario y su esposa en escritura de 13 de febrero de 1992. C. El propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los artículos 643.2.º y 1297, primer párrafo, CC que además, en el presente resulta fácilmente inferible de las circunstancias, máxime cuando, independientemente de la claridad del presente supuesto, no es precisa siquiera una intención directa de causar daño al acreedor sino que basta con la simple conciencia de causarlo. D. La ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor. (STS de 12 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El BCH, S. A. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Vigo contra don Felipe, su esposa, doña Daniela y contra su hijo, don Silvio, solicitando que se declarase la rescisión de una donación por fraude de acreedores y, subsidiariamente, se condenase a los demandados, con carácter solidario, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Pontevedra la revocó, al considerar que cuando se hizo la donación no existía una efectiva situación de insolvencia por parte de los donantes. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al apreciar la concurrencia de todos los requisitos de la acción rescisoria. (A. S. C.)

23. Cesión de créditos. Significado de la cláusula «salvo buen fin».-

La STS de 11 de febrero de 2003 (recurso 2105/97) declara que la circunstancia de que el riesgo sea a cargo del cedente en absoluto desnaturaliza la cesión, al ser materia disponible por las partes, así como que «cuando se asume la función de financiación, pero sin concurrencia de la de garantía, las cesiones efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 CC y 348 CCO, que caracterizan la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva y, por consiguiente, entregada a la autonomía de la voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación». De ahí que, «en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realizó a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos». Y más recientemente la S de 6 de noviembre de 2006 (recurso 3459/99) declara que la reserva «salvo buen fin» no significa que el crédito no haya sido transmitido «sino que lo ha sido condicionado resolutoriamente, por una parte, a su existencia y validez, y por otra, a su destino al pago de los préstamos que la cesión tiene por objeto».

Artículo 1164 CC. Acreedor que está en posesión del crédito: interpretación doctrinal y jurisprudencial. Buena fe del deudor y omisión de una total diligencia—El precepto citado libera al deudor que de buena fe pagase al que estuviera en posesión del crédito; esta última locución ha sido entendida por la doctrina científica y la jurisprudencia como acreedor adecuada y razonablemente aparente, dotado de una apariencia «objetivamente verosímil» (SSTS de 17 de octubre de 1998 y 22 de febrero de 1988, entre otras).

Por otro lado, la omisión de una total diligencia no tiene por qué excluir la buena fe de quien se libera pagando al acreedor aparente conforme al artículo 1164 CC. La falta de diligencia no se traduce en un segundo pago de su misma deuda sino, si acaso, en una acción indemnizatoria contra el deudor cedido, ejercitada por parte de quien demuestre haber sido efectivamente perjudicado por ese pago.

Artículo 878 CCO.—El precepto citado, vigente cuando sucedieron los hechos enjuiciados, establecía inequívocamente la nulidad de los actos posteriores en unos días al determinado judicialmente para retrotraer los efectos de la quiebra. (STS de 5 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los sujetos que intervienen en los antecedentes de hecho del presente litigio son: TVG (deudora), la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (acreedora aparente; en adelante AEAT), C.T. (acreedora de TVG y deudora del Banco B.), el Banco B. (acreedor de C.T.) y E. (avalista de C.T.). C.T., B. y E. forman parte del mismo grupo de sociedades.

Se producen dos cesiones: (1) C.T. cede los créditos frente a TVG a B.; el cesionario acepta la cesión mediante la frase «salvo buen fin»; (2) B. cede a E. esos mismo créditos a E., tras haberle pagado ésta la deuda de C.T., que había sido declarada en quiebra.

La demandante en el presente proceso y recurrente en casación es E., que dirige su demanda frente a TVG.

La cuestión jurídica que se plantea en casación consiste en dilucidar si la demandada TVG está obligada o no a pagar otra vez el importe de las dos facturas giradas contra ella por la empresa C.T. pese a haber transferido en su día el importe de esas mismas facturas a la AEAT, que la había requerido para que retuviera y entregara a la Unidad de Recaudación cuantas cantidades debiera satisfacer a C.T. La demanda proviene de E., esto es, de quien en origen no era cesionario de los créditos representados por tales facturas frente al deudor cedido (TVG) sino garante del cedente (C.T.) frente al cesionario (B.) para el caso de que el deudor cedido (TVG) no llegara a pagárselo a dicho cesionario por la razón que fuera («salvo buen fin»).

El Tribunal Supremo incluye el presente caso en aquellos que la jurisprudencia califica de «mala práctica bancaria consistente en acudir a la figura de la cesión de créditos para situarse al margen y por encima del sistema legal de concurrencia y prelación de créditos». Los datos de hecho que le conducen a dicha conclusión son los siguientes: (a) unos meses después de la cesión de las facturas litigiosas se declaró la quiebra de C.T. a instancia de ella misma; (b) judicialmente se acordó retrotraer los efectos de la declaración de quiebra a unos días antes de las cesiones respectivas; (c) cuando se celebró el contrato de crédito entre C. y B., afianzado por E., ya se habían embargado por la AEAT los derechos de crédito de C. frente a TVG.

El Alto Tribunal desestima el recurso de casación porque, a pesar de no compartir el razonamiento de la sentencia de instancia, considera que el fallo debe ser mantenido por otras razones. En concreto, además de la aplicación de los artículos 1164 CC y 878 CCO en el sentido indicado más arriba, el Tribunal Supremo considera jurídicamente inadmisibles que el deudor cedido (TVG) siga obligado pese a haber pagado ya su deuda; que el cesionario (B.) se haya resarcido del fiador (E.) del cedente (C.T.) y que dicho garante se resarza a su vez, no de su afianzado, sino de quien ya pagó a un acreedor aparente. (*B. F. G.*)

24. Contrato de compraventa sometido a condición suspensiva. Destrucción parcial de la cosa por incendio: efectos.—Invalidado un contrato de compraventa que se ha comenzado a ejecutar, como es el caso, aunque no llegara a consumarse por la entrega instrumental dada la imposibilidad de cumplimiento de la condición, procede, en su caso, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1307 CC, pues su aplicación constituye una consecuencia ineludible de la invalidez contractual declarada. Respecto de la cuestión de la existencia de culpa en el obligado a restituir si la pérdida de la cosa se produce estando en su poder, nada prevé el artículo 1307 CC. Lo cierto es que cuando se produjo el incendio la entidad compradora tenía la cosa en su poder, siendo

evidente que estaba obligada a la devolución de la misma si no se cumplía la condición de otorgamiento de la licencia, y, en tal medida, siendo deudora de la parte vendedora en virtud de las obligaciones asumidas respecto a ésta, debe aplicarse el artículo 1183 CC, en el que se prevé que siempre que la cosa se haya perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, de modo que correspondía al comprador la prueba de que el incendio se debió a un caso fortuito, lo que en modo alguno ha quedado acreditado. En tal sentido, se pronunció esta Sala en S de 20 de diciembre de 2004, en la que se dice que «es cierto que la concurrencia de caso fortuito exime en ciertos casos de responsabilidad, pero para que tal cosa suceda se hace preciso que la prueba del mismo sea aportada por aquél en cuyo poder se perdió la cosa que debía ser entregada», así como que «ya en tema de daños causados por incendio, es doctrina consolidada la de que, ocurrido tal evento en el círculo de la actividad empresarial de una persona, sometido al control y vigilancia de la misma, le incumbe a ella para exonerarse de responsabilidad la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro (SS de 22 de mayo de 1999, 31 de enero de 2000 y 27 de febrero de 2003)», ello teniendo en cuenta que, como la propia recurrente reconoce en su contestación a la demanda, había entrado en la posesión de uso del negocio de bar ya desde diciembre de 1999. **(STS de 4 de diciembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—D.^a M.^a Inmaculada y D.^a Lidia concluyen contrato de compraventa con PSL, por el que se obligan a transmitir la propiedad de una finca, en parte edificada, en parte sin edificar. La compradora paga parte del precio, acordando compradora y vendedoras que el resto se abonaría al otorgamiento por las vendedoras de la correspondiente escritura pública. En dicho contrato se hace constar que los compradores tenían la finca bajo su posesión. Pero para la efectividad de las obligaciones asumidas se fijaba la condición de que se otorgara licencia de explotación del negocio de hostelería instalado en la finca vendida; la parte vendedora entregaba ya la posesión de la misma a la compradora, para que ésta llevara a cabo la referida actividad hostelera, pero el otorgamiento de la escritura y la entrega del precio restante quedaban a la espera de la concesión administrativa. Antes de que fuera conseguida la licencia, se produce un incendio que destruye la finca. Las vendedoras mandan a la compradora solicitando que se declare perfeccionado el contrato de compraventa y el abono del precio convenido, además de los gastos de reforma del bar, proyecto de insonorización e instalación para extracción y ventilación del bar, andamios y vallado. El Juzgado de primera instancia desestima la demanda y estima la reconvenzional. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. (S. M. S.)

25. Presupuestos que posibilitan la facultad del comprador de suspender el pago del precio: interpretación del artículo 1502 CC.—Sostiene en esta sentencia el Alto Tribunal que pese a que los presupuestos que activan el artículo 1502 CC han de ser interpretados de forma restrictiva, ello no justifica la exclusión de su ámbito de aplicación de aquéllos supuestos en los

que el temor fundado a ser perturbado en el dominio de la cosa adquirida deriva de acciones cuyas consecuencias son idénticas a las de la acción reivindicatoria. Tal es el caso de la existencia de una acción de nulidad de la donación de la que trae causa el título de propiedad del vendedor, siempre que el vendedor no haya presentado garantías de devolución del precio y que no exista pacto alguno que, ante tales circunstancias, obligue al pago. (**STS de 19 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don J. vendió una finca rústica a don P. en documento privado, con conocimiento de que sus padres habían formulado contra él demanda de nulidad de la donación que constituía su título de propiedad, y sobre la cual constaba anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Cuando don P. tiene conocimiento de tal circunstancia se niega a pagar la parte del precio que todavía adeudaba, asumiendo, eso sí, el pago del crédito hipotecario en el que se había subrogado y requiriendo a don J. para que afianzase la devolución del precio. Don J. hace caso omiso a los requerimientos de don P. y le demanda ante la falta de pago.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y acoge las pretensiones de don P., estimando, tal y como alegaba la parte demandada, la existencia de un temor fundado a ser perturbado en el dominio de la cosa adquirida, dado que el litigio sobre la nulidad de la donación no estaba aún resuelto en sentencia firme. El demandante recurre ante la Audiencia Provincial, la cual desestima el recurso ratificando la sentencia de instancia. Por último, don J. interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando infracción en la interpretación del artículo 1502 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*P. M. G.—F.*)

26. Venta a plazos de bienes muebles: resolución del contrato e indemnización por el deterioro.—En el artículo 11 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles se prevé que dentro de las partidas indemnizatorias a las que el comprador tiene derecho una vez se lleva a cabo la resolución del contrato, el vendedor puede deducir aquellas partidas correspondientes a la tenencia, a la depreciación y al deterioro de la cosa vendida (SSTS de 7 de julio de 1987 y 30 de octubre de 1997). Eso sí, en virtud de una interpretación integradora del apartado tercero del citado artículo 11, sólo se hace responsable al comprador de los menoscabos o deterioros en la cosa que supongan la pérdida de la aptitud física o funcional que ésta tuviera al tiempo de su adquisición, no comprendiendo los que sean consecuencia de situaciones ajenas, como la necesidad de adaptación a una normativa posterior a su venta. La función de la indemnización por deterioro es sancionatoria, por lo que es preciso que el comprador sea responsable de su causación. Por ello, el simple deterioro del objeto por cualquier causa no implica necesariamente que el vendedor se convierta de forma automática en acreedor de la indemnización, puesto que junto a la prueba del menoscabo se debe constatar la imputabilidad del mismo al comprador.

A su vez, la resolución no es una consecuencia automática del incumplimiento en estos casos. El vendedor puede libremente optar entre el cumplimiento o la resolución cuando se produzca el impago por parte del comprador.

De modo que, si existe un deterioro de las cosas no imputable al comprador que implique un coste elevado de recuperación, el vendedor puede optar por exigir el cumplimiento, ya que si resuelve le corresponderá a él la realización de los gastos necesarios para poder comercializar lo vendido. (**STS de 3 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—M., S.P.A., como vendedora, formula demanda contra A.C.G., S.A. por el impago del precio estipulado en dos contratos para la adquisición de sendas máquinas cosedoras automáticas de libros. En su demanda solicita la resolución de los contratos, la recuperación definitiva de la maquinaria y la indemnización por su deterioro.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la pretensión resolutoria por quedar acreditado el impago, pero rechaza la indemnización por deterioro por no quedar ésta probada. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, lo desestima y confirma íntegramente la resolución de primer grado, en primer lugar, porque cuando se restituyó la maquinaria, ésta se encontraba en funcionamiento y, en segundo lugar, porque las reparaciones estimadas como necesarias por el perito no traen causa de la conducta del comprador, sino del deber de adaptar dicha maquinaria a las exigencias impuestas por una normativa posterior al año de su fabricación y venta. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

27. Contrato de arrendamiento urbano. Demanda de resolución del contrato por realización de obras inconcensadas que modifican la configuración del edificio: no se aprecia.—La configuración es un concepto indeterminado, circunstancial y contingente que el Tribunal califica en atención a las particularidades en el objeto arrendado, dando lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. En el caso objeto de recurso, se descarta que las obras realizadas hayan modificado la configuración de la casa objeto de arriendo y lo hace a partir de la consideración de que todas ellas eran urgentes y beneficiosas para la construcción debido al mal estado de la cubierta que podía incluso caerse; de que la madera estaba podrida y las tejas rotas, por lo que se sustituyeron por otras nuevas de similares características y forma, respetando las maderas estructurales viejas que forman las aguas o vertientes de los faldones de la cubierta, por estar en buen estado, haciéndolo sin aumentar el volumen de la edificación y sin variar el ángulo de inclinación del tejado, «manteniendo la misma tipología y estructura». Es cierto que se introdujo un elemento nuevo, como es la Uralita colocada debajo de la teja, pero este elemento, tal como se ha dispuesto, tampoco lo tiene en cuenta la sentencia puesto que no altera la disposición y estructura de la edificación ni afecta a la peculiaridad física de la cubierta. (El Tribunal Supremo cita, además, como jurisprudencia concordante sobre la interpretación del art. 114.7 LAU/1964 las SS de 4 de julio de 1970, 30 de enero de 1991, 23 de mayo de 1967, 6 de marzo de 1974, 2 de abril y 23 de noviembre de 1974). (**STS de 18 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El inquilino de una vivienda, sin consentimiento del arrendador coloca Uralita debajo de la teja. El arrendador

demanda resolución del contrato en virtud del artículo 114.7 LAU, por tratarse de obras incontestadas que modifican la configuración del edificio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación.

NOTA.—Las referencias que se hacen a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) se refieren a la (ya derogada) LAU de 24 de diciembre de 1964, aplicable al arrendamiento enjuiciado. (S. M. S.)

28. El impago del IBI es asimilable al impago de la renta a efectos de la resolución de un arrendamiento concertado al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.—Partiendo de la celebración de un contrato de arrendamiento con fecha de 1 de agosto de 1971, la legislación aplicable, según la DT 2.ª A) apartado primero de la LAU de 1994, es la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. En relación con la cuestión jurídica planteada por el recurrente, esto es, si el IBI es cantidad asimilada a renta a los efectos del artículo 114.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse mediante la S de Pleno de 12 de enero de 2007 en el siguiente sentido: «Declarar como doctrina jurisprudencial que el impago por el arrendatario del Impuesto de Bienes Inmuebles, en arrendamientos de vivienda vigentes en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-4.ª del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964». La fundamentación jurídica de esta afirmación se contiene en el FD 3.º de dicha resolución que señala: «Cuando la causa 1.ª del artículo 114 se refiere a cantidades asimiladas a la renta está aludiendo a aquéllas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia del texto refundido de 1964 eran, en determinados supuestos, las correspondientes a diferencias en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la nueva Ley lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago —en cuanto supone el incumplimiento de una obligación dineraria añadida a la esencial del abono de la renta— faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. Lo contrario supondría forzar a dicho arrendador a emprender anualmente el ejercicio de una acción de reclamación contra el arrendatario incumplidor de una obligación de periodicidad anual de la que ha de responder mientras el contrato esté vigente, cuyo carácter periódico comporta su necesaria asimilación a estos efectos a la obligación, también periódica, de pago de la renta. Por otro lado, la interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114-1.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario del impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable incumplimiento, como es ésta, y carecería de sentido estimar que, impuesta dicha obligación respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con efectos resolutorios por su incumplimiento

[art. 27.2 a)], y extendida tal obligación del arrendatario igualmente a los contratos anteriores regidos por la Ley de 1964, opere la resolución para los primeros –en cuanto a los que el legislador dispensa una menor protección– y no respecto de los segundos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones. **(STS de 26 de septiembre de 2008; no ha lugar.)** [Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–El recurso de casación dimana de un juicio verbal de desahucio en ejercicio de acción de resolución de un contrato de arrendamiento por impago del impuesto de bienes inmuebles (IBI). La actora alegó que dicha cantidad había sido reconocida en juicio verbal de determinación de rentas. La demandada adujo que no se le había hecho llegar el recibo y la improcedencia de la acción de desahucio en cuanto el IBI no era asimilable a la renta. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y la de la Audiencia la confirmó. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

29. Contrato de arrendamiento. Pago del IBI como cantidad asimilada a renta a efectos de resolución por impago.–Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión planteada mediante S de Pleno de 12 de enero de 2007, declarando como doctrina jurisprudencial que el impago por el arrendatario del impuesto de bienes inmuebles (IBI), en arrendamientos de vivienda vigentes en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-1.^a del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Cuando la causa 1.^a del artículo 114 se refiere a cantidades asimiladas a la renta está aludiendo a aquéllas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia del texto refundido de 1964 eran, en determinados supuestos, las correspondientes a diferencias en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la nueva Ley lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago –en cuanto supone el incumplimiento de una obligación dineraria añadida a la esencial de abono de la renta– faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. Por otro lado, la interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114-1.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario del impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento, como es ésta, y carecería de sentido estimar que, impuesta dicha obligación respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con efectos resolutorios por su incumplimiento [art. 27.2 a)], y extendida tal obligación del arrendatario

igualmente a los contratos anteriores regidos por la Ley de 1964, opere la resolución para los primeros –en cuanto a los que el legislador dispensa una menor protección– y no respecto de los segundos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones. (STS de 7 de noviembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–Doña Celestina ejercita contra su arrendataria, doña Marina, acumuladamente, acción de resolución de contrato de arrendamiento por impago de las cinco últimas mensualidades del IBI y reclamación de las cantidades debidas en tales conceptos. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. La sentencia es recurrida por ambas partes en apelación y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia, considerando que el impago del IBI no puede determinar causa de desahucio, aunque mantiene la condena al pago de las cantidades debidas. La parte demandante interpone recurso de casación. (S. M. S.)

30. Contrato de obra. Vicios ruinógenos. Responsabilidad solidaria del promotor con los técnicos de la obra, aun cuando los daños sean causalmente imputables a éstos: atribución legal al promotor de la condición de garante de la calidad de la obra realizada.–Es hecho probado de la sentencia que el recurrente en casación fue promotor de la edificación y en tal concepto viene obligado a la reparación de los defectos reseñados de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra y la solidaridad en estos casos ha sido declarada con la misma reiteración por la jurisprudencia en el sentido de hacerle responsable junto con los demás agentes de la construcción (SSTS de 29 de noviembre 2004 y 24 de mayo de 2007), en cuanto viene a hacer suyos los trabajos realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y su obligación de entrega, caso de que tengan vicios incursos en el artículo 1591, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, de tal forma que no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos (STS de 12 de marzo de 1999)... La responsabilidad de los promotores no es por tanto por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 CC en relación al 1596, como responsabilidad profesional, por tratarse de supuesto de ruina, y darse, entre otras, las condiciones de que: a) la obra se realiza en beneficio del promotor; b) se destina al tráfico mediante la venta a terceros; c) los adquirentes confían en su prestigio profesional; d) es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor y e) al adoptar criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. Estos criterios de jurisprudencia, señala la S de 24 de mayo de 2007, han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación, en la que, según el artículo 17.3, el promotor responde solidariamente, «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuan-

do estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. 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. (STS de 4 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Se plantea recurso de casación por los promotores de la obra consistente en 5 naves aquejadas de vicios ruinógenos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial que había condenado solidariamente por los vicios a los ingenieros industriales encargados del proyecto y dirección de la obra, a la aseguradora de ésta hasta el límite de la suma asegurada y de los promotores mismos, a la reparación de tales vicios y defectos constructivos, gastos y perjuicios ocasionados a los demandantes. (S. M. S.)

31. Responsabilidad del contratista por ruina de edificio. Carácter solidario.—La sentencia recurrida ha concluido que los recurrentes en apelación también deben ser considerados como responsables solidarios de los defectos constructivos que traigan causa en la naturaleza del suelo y una suficiente compactación o relleno del mismo, entre los que se encuentran las humedades y sus consecuencias; para alcanzar esta declaración, desde la resultancia de los informes técnicos obrantes en autos, la resolución ha examinado detalladamente las causas determinantes de las grietas en los muros interiores, el parquet, el alicatado, la chimenea del salón, la chimenea del calentador, el aislamiento acústico, y, en el exterior de las viviendas, las grietas, las aceras perimetrales y los desprendimientos de pintura, entre otras. Esta Sala acepta la argumentación de la sentencia de instancia, pues al existir varias concausas, unas que son imputables a la dirección técnica de la obra y otras a la ejecución material de la misma, sin posibilidad de discernir entre ellas, la responsabilidad de todos ellos frente al dueño no puede ser otra, como así lo tiene establecido con reiteración esta Sala, que la responsabilidad solidaria (por todas, STS de 21 de mayo de 1999), sin que en casación hayan quedado desvirtuados los razonamientos de la instancia.

Esta Sala tiene declarado que «el contratista, como profesional que es en el ramo en que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se deben seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos»; lo que no puede escudarse es en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues de lo contrario sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el artículo 1591: siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos. Ya esta Sala en S de 22 de septiembre de 1986 dijo que el constructor, por su carácter técnico, debió no realizar la obra sin un correcto terraplenado (en el caso de aquellos autos), o bien asumir las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada (SSTS de 8 de febrero de 1994 y 26 de diciembre de 1995). Por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala la de que la apreciación de las causas determinantes de la ruina, así como la distribución de las cuotas de responsabilidad entre los distintos partícipes del proceso constructivo, es materia reservada a los Tribunales de instancia, en atención a su

carácter eminentemente fáctico (por todas, STS de 19 de noviembre de 1999). Asimismo, constituye doctrina jurisprudencial la referente a los siguientes aspectos: a) las responsabilidades derivadas del artículo 1591 CC cabe que se atribuyan a arquitectos y a constructores, según el origen de las mismas (vicios de dirección, del suelo, de construcción o de infracción de condiciones del contrato); b) el concepto de arquitecto puede comprender a otros técnicos directores de las obras y el de constructor abarcar incluso al promotor; c) la concurrencia en los demandados de hechos susceptibles de ser determinantes de su declaración de responsabilidad, es manifestada por los Tribunales de instancia con el carácter de hecho; d) proclamada la responsabilidad solidaria por el todo o con atribución de cuotas, puede cualquiera de los condenados recurrir en casación por el sistema establecido y con los requisitos legales; e) un condenado carece de facultad procesal para pedir en casación la condena por el todo a otro codemandado, y sólo ha de tratar de demostrar que la suya propia ha sido producida por infracción de ley sustantiva o procesal (STS de 19 de noviembre de 1997). La doctrina jurisprudencial recién expuesta es de aplicación para el perezimiento del motivo. **(STS de 3 de diciembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Los propietarios de distintos chalets interpusieron demanda con la que solicitaron que se condenara solidariamente a L.A., arquitecto técnico, E., arquitecto, la contratista CEID, S.A., y la promotora EP, S.L., a realizar a su costa las obras necesarias para subsanar unos defectos de edificación. Los chalets adolecían de humedades debido a las características del terreno sobre el que se asentaban, la falta de previsión de un drenaje adecuado y la absorción de humedad de la estructura de hormigón del edificio. Tales defectos de construcción, junto con un aislamiento térmico no acorde con las normas técnicas, fueron determinantes de la ruina de los inmuebles.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gijón estima la demanda, mediante S de 24 de marzo de 2000 y condena solidariamente a los demandados. La S de 28 de febrero de 2002 de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estima parcialmente el recurso de apelación y condena a subsanar los defectos relativos a redes de fontanería y saneamiento solamente a la contratista.

CEID, S.A., interpuso recurso de casación, por considerar que los defectos eran imputables exclusivamente al arquitecto en el marco de una responsabilidad mancomunada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

32. Acción directa del artículo 1597 CC. Existencia de un convenio arbitral entre el subcontratista y el contratista, seguido de un arbitraje de equidad cuyo laudo se dictó antes que la sentencia de primera instancia. La decisión arbitral sobre la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito debe tenerse en cuenta en la acción directa.—Tal y como se han desarrollado las actuaciones en el caso, la ausencia de la contratista principal en este procedimiento impide estimar la existencia de litispendencia, pero su emplazamiento hubiera determinado, por efecto de la cláusula arbitral conve-

nida, la estimación de la excepción de sumisión a arbitraje. En el orden lógico, pues, aunque no en el temporal, la decisión de los árbitros sobre la fijación del crédito de la subcontratista había de preceder a la de los tribunales sobre la acción directa frente al *dominus operis*, toda vez que uno de los elementos a tener en cuenta en la «acción directa» del artículo 1597 CC es, precisamente, la determinación de la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito del subcontratista, cuestión que estaba sometida de antemano a arbitraje de equidad. (STS de 26 de septiembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—El subcontratista de una obra ejerció la acción directa del artículo 1597 CC y reclamó al dueño de la obra la cantidad que el contratista adeudaba al demandante. Poco después, el contratista promovió el arbitraje de equidad contra el subcontratista, ya que ambas partes habían firmado un convenio arbitral. Este arbitraje culminó con un laudo que cuantificó la deuda del contratista en una cantidad sensiblemente inferior a la que reclamaba el subcontratista en la acción directa que había promovido contra el dueño de la obra. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada, declarando que el dueño de la obra adeudaba al subcontratista la cantidad que había establecido el laudo arbitral. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el subcontratista demandante. (M. C. B.)

33. Contrato de obra. Cláusula de sumisión a arbitraje. Interpretación.—Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código civil que se refieren a los contratos (STS de 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una cuestión jurídica susceptible de ser resuelta en el recurso de casación.

La STS de 5 de septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los artículos 1 y 5 LA 1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo, 20 de junio y 31 de mayo de 2003).

Responsabilidad extracontractual. Exclusión del arbitraje.—En el caso examinado, las razones esgrimidas por la Sala de apelación, que confir-

man en lo principal las apreciaciones del Juzgado de Primera Instancia, son aceptables. En efecto, la acción de responsabilidad ejercitada no versa de manera directa sobre la interpretación y la ejecución del contrato de obra, sino que tiene su origen en un hecho dañoso de especial magnitud, el cual, según la calificación efectuada por la sentencia recurrida, tiene un significado independiente suficiente para poder ser considerado como fundamento de una responsabilidad de carácter extracontractual, apreciada con los criterios de imputación aplicables a la creación de riesgos o a la producción de graves daños, que se separan de la órbita estrictamente contractual, pues no se trata solamente de discutir si la ejecución del contrato ha sido defectuosa, sino de determinar si la producción de graves daños derivados de un accidente es imputable a quien puso en funcionamiento una instalación incurriendo en graves negligencias y creando riesgos innecesarios, con independencia de que quienes hayan padecido los daños como perjudicados se encuentren incluidos o no en la órbita de las obligaciones creadas por el nexo contractual relacionado con la construcción de la instalación. Por esta razón no resulta inconveniente la cita de la STS núm. 612/2001, de 19 de junio, que efectúa la sentencia de apelación, pues en ella esta Sala considera que la responsabilidad por vicios ruinosos contemplada a la sazón en el artículo 1591 CC no es una cuestión de cumplimiento o incumplimiento del contrato de obra fundándose, entre otras razones, en el hecho de que dicha responsabilidad, nacida *ex lege*, afecta no solamente a los intervinientes en el contrato, sino también a los sucesivos adquirentes de la finca ajenos a la órbita contractual. **(STS de 20 de noviembre de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Con fecha 26 de abril de 1997, un derrame de amoníaco producido por la rotura de un codo de acero de carbono de una instalación causó importantes daños en la sala de máquinas, cámara frigorífica y productos precocinados de una nave industrial propiedad de EE., S.A. La nave había sido entregada por la contratista ICO, S.A., el día 1 de julio de 1996 e inaugurada el día 29 de octubre del mismo año. EE., S.A. e ICO, S.A., habían convenido en el contrato de obra que «todo litigio o cuestión derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato» se resolvería mediante arbitraje de equidad, con sometimiento expreso al Tribunal Arbitral de Barcelona. La comitente EE., S.A., interpuso demanda con la que solicitó que se condenara solidariamente a la contratista y la aseguradora a indemnizar los daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Guadalajara estima la demanda, mediante S de 1 de febrero de 2002. La sentencia de 3 de junio de 2002 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara desestima el recurso de apelación interpuesto por las demandadas.

La contratista y la aseguradora interpusieron recurso de casación por infracción procesal, por considerar sometida a arbitraje la indemnización del daño reclamada, en virtud del convenio del contrato de obra. Según palabras del Alto Tribunal, los recurrentes entendían que «toda cuestión que pretenda el examen de la ejecución del contrato para vincularlo a una indemnización de daños por negligente o mala ejecución, será materia incluida en el pacto

arbitral, tanto si se trata de una responsabilidad civil contractual como extracontractual». Ello no obstante, el Tribunal Supremo no acepta el razonamiento y declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

34. Responsabilidad civil del abogado. Contrato de arrendamiento de servicios. Contrato de mandato.—La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998, 23 de mayo, 27 de junio y 30 de marzo de 2006, 14 de julio de 2005, 26 de febrero, 2 de marzo y 21 de junio de 2007 y 18 de octubre de 2007). El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005). [...] El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio y 14 de febrero de 2005, 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007, entre otras).

Indemnización. Daños y perjuicios (incumplimiento de las obligaciones).—Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido —siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial— una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada 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. La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su ver-

tiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (S de 30 de noviembre de 2005). Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre de forma señalada, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la Ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o –cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios– la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005). Este criterio comporta la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defensa del abogado se ha desempeñado por cauces incompatibles con la aplicación indiscutible de la ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los tribunales –que deben ser conocidas por los profesionales del Derecho– o con el respeto a los mandatos de la Ley cuya interpretación no ofrezca dudas razonables según las pautas que puedan deducirse de la doctrina y de la jurisprudencia. [...] La Sala de lo Civil, en la STS de 8 de junio de 2000, ha considerado que la presentación de la demanda en un Juzgado, desconociendo la cláusula de sumisión a los juzgados de otra localidad de un contrato cuya nulidad se postuló sin éxito, no determina por sí la responsabilidad civil del abogado. A su vez, la STS de 23 de julio de 2003, consideró igualmente que no generaba responsabilidad profesional la fallida elección del procedimiento establecido a la sazón en la DA 1.ª de la Ley Orgánica 3/1989 para reclamar los daños y perjuicios por las lesiones padecidas a resultas del accidente sufrido. Finalmente, desde la perspectiva de la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, se observa que la procedencia o no del juicio de menor cuantía constituye una cuestión de orden público que debe ser resuelta de oficio por el juez, de no existir acuerdo de las partes sobre la valoración del proceso [...]. Se pone así de relieve que la falta de acuerdo en la comparecencia, la intervención del perito para la valoración de los bienes y la dilación del momento de resolución a la sentencia implican la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso de la conducta del abogado en el plano de la imputación objetiva, pues son circunstancias que abren un margen de indeterminación relacionado con las dificultades de la defensa o el devenir del proceso y, por ende, el mero fracaso de la vía procesal elegida no es suficiente para considerar existente la responsabilidad por la que se reclama. (STS de 22 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra un abogado contratado por ella por incurrir en negligencia profesional al presentar una demanda de menor cuantía, siendo procedente, según el valor de los terrenos, la interposición de una

demanda de mayor cuantía. El abogado hizo saber a la comunidad actora el cambio de una clase de juicio por otra. No se había probado que la comunidad conociese y aprobase el cambio de juicio, ni que el abogado hiciese saber los efectos o consecuencias económicas de dicho cambio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al abogado a indemnizar a la comunidad en las costas procesales y en los honorarios del perito. Así mismo, estimó parcialmente la reconvenición del abogado, condenando a la comunidad al pago de una suma a título de daños y perjuicios. La Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la sentencia y, confirmando la condena del abogado por responsabilidad civil, redujo el importe de la condena a la comunidad. Interpuesto recurso de casación por el abogado demandado, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso considerando, por un lado, que la interposición de la demanda de menor cuantía pudiera resultar justificada. Por otro lado, apreció la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso. (*M. L. K.*)

35. Responsabilidad civil del abogado.—Reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la obligación del abogado no es de resultado, ni la de agotar el margen de incertidumbre propio del proceso judicial y ligado al carácter controvertido de las cuestiones jurídicamente discutibles, sino que su compromiso se extiende a actuar diligentemente en defensa de los intereses de su cliente (SSTS de 28 de enero de 1998, 30 de marzo, 23 de mayo y 27 de junio de 2006, 26 de febrero, 2 de marzo, 21 de junio y 18 de octubre de 2007 y 15 de febrero de 2008). [...] Para que la conducta dañosa sea determinante de la responsabilidad civil del agente no es suficiente que exista una relación de causalidad física o fenomenológica entre su acción y el resultado producido, sino que es necesario que con arreglo a los mandatos positivos del legislador y a los principios extraídos del ordenamiento jurídico pueda inferirse la existencia de un criterio en virtud del cual ese resultado le sea objetivamente imputable, frente a otros factores concurrentes, por razones de proximidad, relevancia, frecuencia y aptitud de la conducta para originar el resultado dañoso en relación con las circunstancias y con el fin o bien jurídico protegido por la norma con arreglo a la cual aquella es exigible. Este requisito constituye una *quaestio iuris* (cuestión jurídica) revisable en casación (SSTS de 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007 y 11 de junio de 2008). [...] La jurisprudencia viene exigiendo que para la apreciación de la responsabilidad civil del abogado el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la acción suficientemente justificada, la cual no concurre cuando existe la posibilidad de enmendar el daño mediante recursos o acciones posteriores (SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006 y 2 de julio de 2008). (**STS de 1 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Jesús Carlos contrató unos servicios del despacho «M. A.» para la gestión judicial de cobro de una letra de cambio. A consecuencia de ello, don Jesús, abogado en dicho des-

pacho, interpuso demanda de juicio ejecutivo contra el librado y su esposa. En la mencionada letra de cambio faltaba la designación del tomador, por lo que, a lo largo del proceso, el ejecutante solicitó la ampliación de la ejecución, aportando cinco otras letras de cambio.

La sentencia dejó sin efecto la ampliación del juicio ejecutivo por ausencia del presupuesto legalmente establecido, declarando no haber lugar a dictar la sentencia de remate.

En consecuencia, don Jesús Carlos interpuso la demanda contra don Jesús (el abogado), así como contra la compañía de seguros G. contratada por el colectivo al que pertenecía el codemandado. El objeto del proceso en cuestión fue el de determinar si el abogado demandado incurrió en responsabilidad civil al ejercitar la acción ejecutiva fundándose, por un lado, en una letra que se hallaba en las condiciones anteriormente mencionadas y, por otro, al no proponer prueba en primera instancia para demostrar la relación existente entre la letra inicialmente presentada y las que presentó posteriormente ampliando la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda contra don Jesús y la desestimó contra la compañía de seguros. La Audiencia Provincial de Málaga absolvió a ambos, don Jesús y la compañía de seguros G. Recurrida la sentencia por don Jesús Carlos, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

36. Cesión de vivienda a un hijo para que constituya en ella el hogar conyugal: ¿comodato o precario? Conflicto con la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda.—El recurso de casación que se examina suscita el problema, por lo demás bastante frecuente, y que esta Sala ha tenido ocasión de abordar al resolver otros recursos de casación análogos, consistente en la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges.

[...] la controversia se ciñe, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario.

Se ha de tener a la vista la fundamentación jurídica y el fallo de la S de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008, en donde se fija la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. Conforme a la misma, la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de la existencia de un contrato entre las partes, y particularmente, de un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella (art. 1749 CC). Si existe el préstamo de uso, han de aplicarse las normas

reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamarla a su voluntad. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en ella el hogar conyugal o familiar pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos –la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir a las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar– aparezcan con claridad, y que los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada –*in casu*, servir de morada o residencia–, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso –SS de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008–. Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista –SS de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008–; y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir a necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda –S de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008–.

En el caso examinado el tribunal de instancia ha apreciado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no constase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente, consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no había tenido lugar.

No obstante tal apreciación [...] la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo a las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventual-

mente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble. (STS de 29 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes en la instancia, usufructuarios de un piso, lo habían cedido gratuitamente a un hijo y a su esposa para que en él constituyeran el hogar familiar. A consecuencia de una crisis matrimonial, la vivienda fue judicialmente atribuida a la mujer y a los hijos menores. Los cedentes promovieron juicio verbal de desahucio por precario. El Juzgado desestimó la demanda y declaró no haber lugar al desahucio por considerar que la relación existente entre las partes era un préstamo de uso o comodato. La Audiencia confirmó la sentencia apelada. Interponen recurso de casación los actores y el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia condenando a la cesionaria a que abandone y deje libre la vivienda como precarista que era. (R. G. S.)

37. Préstamo usurario. Declaración de nulidad.—Conforme a reiterada jurisprudencia (sirva de ejemplo la STS de 28 de octubre de 2004), la nulidad de los contratos derivada de la aplicación del artículo 1 de la Ley de Usura de 1908 es la nulidad radical, ya que no admite convalidación sanatoria, en cuanto que ésta queda fuera de la disponibilidad de las partes.

Nulidad del contrato objeto de cesión. Nulidad «derivada» del negocio jurídico de cesión.—Afirma el Tribunal Supremo que, declarada la nulidad radical de un contrato, la novación por cambio del acreedor —por subrogación— que supone la cesión del contrato no puede operar la consolidación del mismo, por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 CC, en relación con el artículo 6.3 CC. En este caso, la novación opera en el vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar (SSTS de 26 de octubre de 1959 y 30 de diciembre de 1987). (STS de 20 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad FC, S.A., en garantía de dos préstamos de veintiséis y treinta y tres millones de pesetas, había constituido a favor de la prestamista sendas hipotecas sobre una finca inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. Estando próximos a vencer los pagos aplazados del capital, FC, S.A. constituyó el 14 de febrero de 1998 hipoteca a favor de SB, S.L., en garantía de un préstamo de setenta y nueve millones, de los cuales la prestamista retenía cincuenta y nueve para hacer frente al pago de las deudas de FC, S.A. No se pactó el pago de intereses remuneratorios y sí de moratorios, al dieciocho por ciento anual. La devolución del capital

se pactó por medio de siete plazos con vencimientos entre agosto y noviembre de 1998.

Ante el impago de los plazos por parte de FC, S.A., la prestamista y acreedora hipotecaria, SB, S.L. procedió judicialmente a la ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario del artículo 131 LH. Pendiente el resultado del procedimiento, SB, S.L. cedió el crédito hipotecario en escritura pública de 7 de mayo de 1999 a don C.M., quien solicitó la adjudicación del bien inmueble al amparo de la regla 10 del artículo 131 LH. No obstante, se decretó la suspensión del procedimiento, por seguirse causa penal sobre los mismos hechos contra la mercantil FC, S.A.

La entidad FC, S.A. interpuso entonces demanda contra SB, S.L. y don C.M., solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad por usurario del contrato de préstamo suscrito con fecha de 14 de febrero de 1998, así como su condena a devolver a los demandados únicamente los cincuenta y nueve millones prestados, sin interés alguno, y en los plazos señalados por el órgano judicial. Igualmente, solicitaba la declaración de la nulidad del procedimiento judicial del artículo 131 LH y la consiguiente nulidad y cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda, fallo contra el que interpusieron recurso tanto la demandante en primera instancia, como los demandados. La Audiencia provincial estimó en parte los recursos de FC, S.A. y de SB, S.L. y desestimó el recurso de don C.M. Éste interpuso entonces recurso de casación. (A. M. M.)

38. Relevancia civil de la infracción de normas administrativas: planteamiento general.—[...] la cuestión a considerar es si la infracción de la prohibición de préstamos a los jugadores en los lugares en que tengan lugar los juegos puede tener o no efectos que vayan más allá de la mera sanción administrativa de la empresa explotadora del casino; en definitiva, si la sanción administrativa no agota la respuesta del ordenamiento jurídico porque, además, serían posibles consecuencias civiles en forma de inexigibilidad del cumplimiento de la deuda del jugador.

Para resolver la cuestión así planteada resulta imprescindible examinar la jurisprudencia de esta Sala sobre la relación entre normas administrativas, imperativas o prohibitivas y consecuencias civiles de su infracción.

Que la materia en general no está exenta de dificultades lo demuestra la propia evolución de la jurisprudencia de esta Sala sobre algunas cuestiones concretas en las que inevitablemente se planteaba esa relación entre normas administrativas y consecuencias civiles. [...]—Esa jurisprudencia favorable a la plenitud de efectos civiles de los contratos entre particulares aunque sus cláusulas infringieran alguna norma administrativa se correspondía, además, con la que en general sostenía que «la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas» (STS de 26 de abril de 1995, con cita de otras muchas, y STS de 22 de julio de 1997).

Sin embargo la jurisprudencia más reciente de esta Sala no permite seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas.

Así, la S de 31 de octubre de 2007 [...]. Además, cabe señalar que la S de 23 de noviembre de 2006 [...]. De todo lo razonado hasta ahora se desprende, en primer lugar, que la jurisprudencia actual de esta Sala no permite

seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva; y en segundo lugar, que la estimación o prohibición o desestimación del motivo que se está examinando, en cuanto plantea la incidencia que la prohibición de préstamos a los jugadores pueda tener en la exigibilidad de las deudas de juego contraídas por los mismos, pasa necesariamente por analizar el sentido y alcance de tal prohibición. Aquella primera conclusión no puede desligarse, a su vez, de considerar que una interpretación del artículo 6.3 CC que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito por prevenir el ordenamiento jurídico para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría de hecho dejar sin efecto el régimen del propio Código civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (arts. 1271 párrafo tercero, 1275 y 1305).

Sentido de la prohibición de préstamos en los locales de juego.—En cuanto al análisis específico de la prohibición de préstamos en los locales en que tengan lugar los juegos, debe hacerse desde una consideración previa como punto de partida básico, que es la subsistencia en el Código civil, como regla general, de la falta de acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar (art. 1798), de suerte que el juego autorizado administrativamente constituiría una excepción a ese régimen general y por tanto sería encuadrable en su artículo 1800, con la consecuencia de quedar civilmente obligado el perdedor conforme al párrafo primero del artículo 1801. Así resulta de la S de esta Sala de 8 de julio de 2000 [...]. Abordando ya el estudio de la referida prohibición, debe recordarse que la legalización del juego bajo determinadas condiciones se llevó a cabo mediante el Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero [...]. Como complemento indispensable del antedicho Real Decreto-Ley se dictó el Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo [...]. Por último la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Juegos de Suerte, Envite o Azar [...]. Por lo demás, en la normativa de las Comunidades Autónomas a las que se fueron transfiriendo competencias en materia de juegos de suerte, envite o azar, es una constante la prohibición impuesta a la dirección de los casinos de conceder préstamos o créditos a los jugadores [...].

Del régimen administrativo del juego [...] se infiere una estrecha vinculación entre la prohibición de préstamos o créditos a los jugadores por parte de las empresas explotadoras de los casinos o su personal y el régimen del Código civil sobre los juegos de suerte, envite o azar. Cualquiera que sea el juicio moral que hoy merezcan tales juegos, lo cierto es que, jurídicamente, el ordenamiento sigue contemplándolos como un peligro potencial para las personas y el patrimonio de los jugadores y sus familias, algo que resulta notorio por demás desde la caracterización clínica de la ludopatía. De ahí que en la prohibición de préstamos, que por la finalidad de la norma debe entenderse comprensiva también de la prohibición de créditos, quepa advertir sin especial dificultad la voluntad de la ley de evitar que el jugador arriesgue más dinero del que pensaba cuando entró en el casino; de impedir, en suma, que por el afán de recuperar lo perdido el jugador sea fácilmente inducido en el propio local a seguir jugando y con ello, muy probablemente, a perder aún más dinero en provecho de quien se lo presta.

La prohibición de préstamos o de créditos se corresponde, pues, con aquella finalidad de «tutela y protección social» que ya el Decreto-Ley de 1977 consideraba como uno de sus «objetivos ineludibles» y, por ello, las normas que la establecen se erigen en normas prohibitivas que por su carácter de orden público determinan la nulidad civil de pleno derecho de los actos contrarios a tales normas, por aplicación del artículo 6.3 CC citado en el motivo. Se trata de que la empresa titular del casino o su personal no induzcan o permitan al jugador seguir jugando sin dinero propio en efectivo; si lo hacen, la potencial sanción administrativa no excluirá, por todo lo razonado hasta ahora, las consecuencias civiles que procedan.

Consecuencias civiles de la infracción de la prohibición de préstamos a los jugadores en los locales de juego. Rectificación de la jurisprudencia anterior.—Llegado ya el momento de decidir sobre la estimación o desestimación del motivo examinado, debe concluirse que procede su estimación porque si bien es cierto que el juego en los casinos autorizados no es un juego prohibido que conforme al artículo 1798 CC prive de acción al ganador, no lo es menos que la doctrina de las SS de 23 de febrero de 1988 y 30 de enero de 1995 debe ser rectificadas en cuanto considera que la sanción administrativa por infringir la prohibición de préstamo a los jugadores excluye cualesquiera consecuencias civiles en contra del infractor; o dicho de otra forma, en cuanto que declara que la infracción de dicha prohibición no transforma el juego de lícito en ilícito porque las sanciones administrativas agotarían toda la reacción del ordenamiento jurídico contra el infractor.

Por el contrario, la doctrina que ahora se sienta por el pleno de los magistrados de esta Sala es que la potencial sanción administrativa por infringir la prohibición de que se trata no agota la respuesta del ordenamiento jurídico contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles en su contra debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición.

[...] Esta nueva interpretación del artículo 6.3 CC en relación con la prohibición de préstamos o créditos a los jugadores por las empresas explotadoras de los casinos o locales autorizados, o por su personal directivo o auxiliar, exige como complemento necesario cuáles deban ser las consecuencias civiles de la infracción de dicha prohibición.

Sobre tal cuestión caben dos vías que se traducen en una misma solución, consistente en que la empresa explotadora del casino no tendrá derecho a exigir al jugador lo que éste perdió jugando o apostando a crédito o con dinero prestado. La primera vía que permite llegar técnicamente a esta solución está constituida por los artículos 1798 y 1799 CC en relación con sus artículos 1800 y 1801, porque el juego en el casino habría dejado de ser lícito o no prohibido a partir del momento en que se prestó dinero al jugador y, en consecuencia, la empresa explotadora del casino carecerá de acción, conforme al artículo 1798, para reclamar lo ganado en el juego; y la segunda vía por la que también se llega a idéntica solución se encuentra en el artículo 1306 del mismo Cuerpo legal, ya que el préstamo o crédito a una persona para jugar, concedido por la empresa titular del casino o sus directivos o empleados, no constituye delito pero sí introduce en el contrato de juego o apuesta una causa torpe que impide al prestamista, ganador a su vez en el juego, reclamar la devolución del dinero que prestó para jugar.

Que la indicada solución es la más adecuada al régimen civil de los juegos de suerte, envite o azar, en combinación con la prohibición de préstamos a los jugadores en el propio local donde se juega, se advierte con toda clari-

dad por las siguientes razones: primera, porque mientras la infracción administrativa prescribe a los dos años, en cambio la acción civil de la empresa explotadora del casino contra el jugador no prescribiría hasta los quince años conforme al artículo 1964 CC, de modo que se produciría un fraude al ordenamiento jurídico en su conjunto si dicha empresa dejara transcurrir voluntariamente el plazo de los dos años para, a continuación, ejercitar desde la impunidad la acción civil contra el jugador; segunda, porque las concretas circunstancias del caso examinado demuestran cómo [...] la conducta desordenada del demandado era más que patente para cualquiera; y, tercera, porque los propios hechos de la demanda [...] lo que revelan en realidad es una mantenida inducción o incitación de la primera al segundo para seguir jugando por encima de sus posibilidades [...]. (STS de 10 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La empresa explotadora de un casino demanda a un cliente al que había prestado dinero en varias ocasiones con el fin de que continuase jugando una vez agotados sus fondos. El Juzgado y la Audiencia estimaron parcialmente la demanda por aplicación de la jurisprudencia que consideraba lícito el juego pese a la infracción de una norma administrativa (en el caso, la prohibición de los casinos de prestar dinero a los clientes para jugar), infracción que no tenía la virtualidad de convertir el juego en ilícito. El cliente demandado recurre en casación y el Tribunal Supremo, en sentencia de pleno, casa la recurrida, desestima la demanda y unifica el criterio jurisprudencial en relación con la licitud o ilicitud civil de un negocio jurídico en el que se contravienen normas administrativas. (R. G. S.)

39. Contrato de alquiler de cajas de seguridad: contrato atípico. Régimen jurídico: causa mixta; deber de vigilancia y conservación de lo que entrega el cliente que no es propio del arrendamiento sino del depósito cerrado.—El contrato tiene una causa mixta. La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la de depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. En cuanto a su régimen jurídico debe ser el de la aplicación ante todo de las reglas imperativas de la normativa sobre obligaciones y contratos en general; subsidiariamente el de las estipulaciones de las partes en lo que no traspasen los límites de la autonomía de la voluntad; y finalmente se han de aplicar las normas del contrato típico que forma parte del contenido del atípico en cuestión, siempre que no pugne con la finalidad perseguida mediante la celebración de este último contrato. En el que examinamos, existe un deber de vigilancia y conservación de lo que se entrega por el cliente, a cargo del Banco, a través de la caja que la entidad bancaria pone a su disposición, que no es propio de las obligaciones del arrendador. El

incumplimiento imputable al Banco de su prestación es evidente que desencadena la obligación de reparar el daño si desaparece el contenido de la caja total o parcialmente. No hay inconveniente en aplicar a la situación creada las normas del depósito, en este caso del cerrado, por su analogía clara. En realidad, en el llamado alquiler de la caja de seguridad, se entrega al Banco para su custodia, con todo lo que contiene. Ciertamente que no existe depósito de cosas porque al Banco no se le entregan las mismas para su depósito, pero ha de conservar y custodiar la caja que usa y entrega el cliente, lo mismo en que, por imperativo del artículo 1769 CC, ha de conservar el depositario el sobre cerrado y sellado en que se contienen las cosas, no estas mismas. Su custodia y conservación se efectúa, tanto en un caso, como en otro, de una forma indirecta, a través de la de la caja de seguridad o del sobre cerrado y sellado.

Carga probatoria sobre el valor de los objetos depositados: artículo 1.769.3.º CC.—En el depósito cerrado el depositante será creído en cuanto al valor de los objetos depositados, salvo prueba en contrario. Por tanto, no se trata más que de una norma probatoria favorable al depositante como presunción *iuris tantum*. La prueba contraria a la declaración del depositante no consistirá en la inmensa mayoría de casos más que en la aportación de indicios. En el caso, los indicios aportados por el Banco han de considerarse sólidos; los demandantes no han aportado ni siquiera indicio de su adquisición, aunque argumentan que han sido heredados. (STS de 4 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Se produce la desaparición de las joyas y objetos preciosos depositados en una caja de seguridad alquilada al Banco Z, S.A. Los propietarios interponen demanda por incumplimiento de contrato contra el Banco. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada. (S. M. S.)

40. Extinción de sociedades: la lista de causas del artículo 1700 CC no es tasada siendo posible la extinción por mutuo disenso de las partes.—La doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar el carácter no taxativo de las causas previstas en el artículo 1700 CC y la imposibilidad de desconocer el mutuo disenso como causa general de extinción de los contratos [...]. Así lo ha expresado esta Sala, entre otras, en S de 14 de septiembre de 2006, al decir que «la enumeración de causas de disolución que contiene el artículo 1700 no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él. O, en términos de la S de 5 de abril de 1979, la retractación bilateral del contrato (causa, por lo demás, prevista expresamente en legislaciones que se apartaron del silencioso art. 1844.7 del Código civil francés: artículos 2272.3.º del Código civil italiano y 1007 del portugués). A ese negocio jurídico consensual y extintivo se puede llegar no sólo por medio de declaraciones expresas, sino también mediante declaraciones tácitas o actos concluyentes, esto es, con palabras, signos o actos que no sirven para exteriorizar directamente la voluntad extintiva de quienes los emplean o ejecutan, pero de los que la misma se infiere o deduce inequívocamente». Igualmente la S de 25 de octu-

bre de 1999 en un supuesto que trataba también sobre extinción de una sociedad civil declaró que «este abandono fáctico, y consentido, por las partes contractuales, y sus manifestaciones, revelan la existencia de un supuesto de mutuo disenso que, aunque no previsto en el artículo 1156 CC, se admite por la jurisprudencia (SS de 5 de diciembre de 1940, 13 de febrero de 1965, 11 de febrero de 1982, 30 de mayo de 1984, entre otras). Se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral (*contrarius consensus* o *contrarius voluntas*) que determina una eficacia sobrevenida por causa sobrevenida, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca». (STS de 26 de septiembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Pretendía el actor que el Juzgado declarase la existencia y actual vigencia de una sociedad irregular entre él y los demandados más la consiguiente obligación de los socios de rendirse cuenta de las gestiones realizadas en beneficio y con fondos de la sociedad. El Juzgado estimó la demanda pero la Audiencia acogió el recurso de apelación interpuesto por los demandados estimándolo parcialmente. La sentencia de instancia fue revocada en el extremo relativo a la subsistencia de la sociedad —que se declaró extinguida— lo que hizo inviable el pronunciamiento del Tribunal sobre los restantes pedimentos del demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que éste último interpone. (R. G. S.)

41. Fianza. Extinción: hecho obstativo a la subrogación del fiador: inexistencia. Venta por el deudor a terceros de los inmuebles hipotecados en garantía del crédito afianzado.—La STS de 8 de mayo de 2002 recoge la doctrina pronunciada en torno a la interpretación del artículo 1852 CC. La sentencia dice que este artículo trata de evitar que por cualquier medio, como puede ser un acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador y acabe pagando la deuda ajena. Hay, en consecuencia, una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos y la norma del 1852 CC es una sanción por el incumplimiento de dicha carga. Esta doctrina es la que debemos aplicar a este recurso. Y, en el caso enjuiciado, no se ha producido un perjuicio del derecho de subrogación del deudor porque lo que llevaron a cabo acreedor, ahora recurrente, y deudor, fue extinguir en parte la deuda afianzada. Por tanto se ha producido la extinción en una parte importante de la obligación garantizada mediante el pago de la misma por el deudor, cancelándose en consecuencia la hipoteca. El pago no ha ocasionado ningún perjuicio al aminorarse la obligación garantizada, puesto que la conducta del Banco se encaminó a cobrar el crédito, a lo que tenía perfecto derecho. Además, ciertamente si el acreedor hubiera procedido a ejecutar la hipoteca y vender en pública subasta los dos inmuebles hipotecados, no se podría haber obtenido un precio más conveniente que el que se consiguió con la venta efectuada, o al menos, el demandante no lo ha demostrado en ningún momento. (STS de 4 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—ASL concierta en 1992 con BUSA dos préstamos con garantía hipotecaria. En 1993 se amplía el principal de ambos préstamos y se añade la fianza solidaria de don Rubén, que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden. Habiéndose impagado ambos préstamos, BUSA interpone demanda ejecutiva en 1995 contra el deudor y el fiador. Se procedió al embargo de los bienes del fiador. El 31 de octubre de 1997, ASL vende una de las fincas registrales objeto de la hipoteca, dando carta de pago el Banco, procediendo a cancelar la hipoteca. Lo mismo ocurrió con la otra finca hipotecada, aclarándose en ambos casos que la carta de pago se otorgaba exclusivamente sobre la citada hipoteca. Don Rubén demandó a BUSA y a ASL, alegando que la deuda no le era exigible al haberse perjudicado su derecho a una posible subrogación en las garantías reales prestadas por el deudor al prestamista y considerando aplicable el artículo 1852 CC. Por ello pedía: a) la extinción de la fianza; b) la declaración de que no le eran exigibles las garantías prestadas; y c) la devolución de lo obtenido como producto de los embargos realizados sobre sus bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia apelada. (S. M. S.)

42. Suelos contaminados. La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual como fundamento para la responsabilidad por daños en la cosa vendida.—Según el Tribunal, en el presente caso, el hecho de que el comprador no sea el primer adquirente no lo autoriza por sí mismo para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual contra los anteriores propietarios por los daños que haya que sufrido la cosa vendida. Este requisito constituye una consecuencia de la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, pues cuando los daños por los que reclama el comprador afectan a la cosa vendida, la reclamación sólo es admisible, en el marco de la responsabilidad contractual, cuando lo permite la reglamentación del contrato de compraventa, pero no puede ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños de naturaleza extracontractual, salvo cuando su alcance resulte ajeno a la órbita del contrato. Los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales. Esta reclamación debe ir dirigida contra el vendedor mediante la subrogación que a tenor del artículo 1511 CC se opera en favor del comprador respecto de las acciones que corresponden al primero contra los transmisores anteriores.

La protección del medio ambiente y la responsabilidad extracontractual.—En esta sentencia el Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la protección del medio ambiente, declarando que el mismo, como bien de la colectividad, y la responsabilidad de quien lo menoscaba difícilmente puede ser objeto de consideración en el ámbito del Derecho civil. Sólo un aspecto de la protección del medio ambiente, el que se refiere a la protección específica de derechos subjetivos patrimoniales, ha sido objeto de una reiterada jurisprudencia civil, que contempla, sustancialmente, inmisiones en fincas o propiedades vecinas. La consideración como terceros perjudicados de estos sucesivos titulares exige demostrar que han sido víctima de daños distintos

de los consistentes en perjuicios económicos dimanantes de los defectos sufridos por la cosa vendida, pues, en caso de no ser así, sólo las acciones relacionadas con el incumplimiento del contrato o con el saneamiento de la cosa vendida pueden ser utilizadas para el resarcimiento, en el marco de las acciones contractuales. La figura de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser utilizada para transformar la obligación de indemnizar a la comunidad por daños originados en general a los bienes colectivos en una obligación de reparación concebida particularmente en beneficio del comprador de un inmueble que pudo haber tenido en cuenta, al pactar las condiciones de la compraventa, el deficiente estado del solar y en ese caso resultaría después beneficiado de manera injusta por la reparación de unos daños cuyo sujeto pasivo es la comunidad. (STS de 22 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—G., S. L., interpuso demanda, contra Ercros, S. A., solicitando la retirada de residuos enterrados en un solar de la localidad de Camas (Sevilla). Los vertidos se habían producido mientras el propietario del solar era Ercros, S. A., y el solar había sido adquirido por G., S. L., como último adquirente tras una cadena de transmisiones. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia por estimar, en síntesis, que: a) la demandada, cuando era la propietaria, había enterrado residuos de manera irregular en un solar propiedad de la entidad actora, utilizándolo como vertedero incontrolado de peligrosos productos tóxicos, con potencia para causar la muerte de cualquier afectado; b) que se habían causado daños y perjuicios a la entidad propietaria del terreno determinantes de la responsabilidad de la entidad demandada integrada exclusivamente en el ámbito de la culpa extracontractual de los artículos 1902 ss. CC en relación con la infracción de disposiciones administrativas, y no en el terreno contractual ni por referencia a los anteriores propietarios de la parcela donde se realizó el enterramiento ilegal de productos tóxicos, por cuanto el vertedero tóxico afectaba a todos y a cualquier titular del terreno perjudicaba el uso y disfrute del mismo conforme a su destino. c) La sentencia hacía una referencia a la doctrina jurisprudencial sobre los daños continuados o de producción sucesiva hasta el definitivo resultado y a la responsabilidad cuasi objetiva por la actividad peligrosa, «incluso mediante la aplicación del artículo 1908 CC por razón de riesgo creado». Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la entidad demandada en base a los siguientes motivos: a) aplicación indebida del artículo 1902 CC, por cuanto la sentencia recurrida, en base a dicho precepto, acoge una pretensión por daños en cosa propia, posteriormente adquirida por el actor, entendiéndose que, en virtud de un contrato de compraventa, la posible responsabilidad de E., S. A., frente a futuros adquirentes de la finca, se integraba estrictamente en el ámbito de la culpa contractual por incumplimiento, en su caso, de obligaciones convenidas o por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, pero no podía dar lugar a una responsabilidad por culpa extracontractual al faltar uno de los elementos esenciales que la configuran en el artículo 1902 CC como es el resultado dañoso causado a bienes de otro sujeto; b) infracción por aplicación indebida del artículo

lo 1908 CC, por cuanto la sentencia recurrida utiliza dicho precepto que regula relaciones de vecindad, como fundamento legal relevante para conducir al fallo, en el que se estima una pretensión por daños en cosa propia. La sentencia ha estimado los motivos de casación de la demandada ERCROS S.A. (E. C. V.)

43. Suelos contaminados. Coste de descontaminación.—El Tribunal Supremo sigue la posición generalizada de los Tribunales, los cuales, sobre la protección civil del medio ambiente, han abandonado la aplicación de los preceptos legales dedicados a las inmisiones para decidirse por la utilización de las normas que rigen la responsabilidad civil. En el presente caso, la Sala llegó a idéntica conclusión que el Juzgado de Primera Instancia al entender que los terrenos propiedad de la entidad I. C., S.A. se encontraban contaminados como consecuencia del desarrollo en los mismos de la actividad industrial de fabricación de fertilizantes. Ello supuso que la responsabilidad frente a la entidad actora la ostentara la parte demandada, que con su acción consistente en la fabricación de fertilizantes produjo el daño de contaminación de los terrenos, y ocasionó y motivó que la parte actora asumiera unilateralmente los trabajos de descontaminación a través de la contratación de terceras entidades. El Tribunal concluyó que de todo ello existía una clara aplicación de todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual, acción u omisión, negligencia, resultado dañoso y relación de causalidad entre la acción/ omisión y el daño producido.

Relación de causalidad.—El Tribunal determinó que en el plano jurídico no cabía estimar como causa no eficiente la causa que, de modo indubitado, preparare, condicionare o completare la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo; y también que era causa eficiente del resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, preparare, condicionare o completare la acción de la causa última. El Tribunal añadió que en cada caso concreto deberá valorarse si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

Daños continuados y prescripción de la acción.—El primer conocimiento de la contaminación del terreno adquirido por la actora lo tuvo por la comunicación de la Junta de Compensación en marzo de 1999, y, en consecuencia, ejerció su acción dentro del plazo legal.

Unidad de culpa civil.—El Tribunal entendió que no era bastante que hubiese un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual operare necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, siendo aplicables los artículos 1902 y siguientes no obstante la preexistencia de una relación negocial. En el presente caso, la acción principal ejercitada por la actora era la de responsabilidad extracontractual, y la argumentación de dicha resolución, según el Tribunal, se ajustaba primordialmente al examen de los requisitos necesarios para el éxito de la misma.

Culpa.—El Tribunal sostiene la destacada doctrina científica que determina que cuando el daño ha sido producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual la persona obtiene un beneficio económico, la carga de la prueba se invierte de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador, sino que es éste quien tiene que probar que adoptó todas las medidas de precaución posibles para evitar el daño. Asimismo se apoya en la doctrina jurisprudencial que sostiene que no es suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces.

Inaplicación al caso del artículo 1484 CC.—La Sala declaró que sería enormemente injusta la aplicación del artículo 1484 a unos vicios que está probado que se ponen de relieve con el tiempo, no dentro del reducido plazo de seis meses que concede el Código civil para la acción de saneamiento. (STS de 29 de octubre 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—I.C., S.A. promovió demanda contra E., S.A. por la contaminación de una finca propiedad de la demandada que adquirió por subasta pública, en la que esta última había llevado a cabo su explotación industrial consistente en la elaboración de fertilizantes desde el año 1938. La demandante, antes de desarrollar comercialmente los terrenos y ante la gravedad de la contaminación, requirió a la demandada y le entregó un proyecto de descontaminación al que la misma se opuso. La sentencia de primera instancia fue estimatoria y posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia. Posteriormente, el recurso de casación interpuesto por la demandada se funda en los siguientes motivos: a) Infracción del artículo 1902 CC, por inexistencia del nexo de causalidad entre acción y daño, por entender no tenía obligación de descontaminar porque no había causado el daño, ni tampoco la incumplió, pues la legislación que obligaba a estas labores es posterior, de modo que los gastos patrimoniales de descontaminación son responsabilidad de la actora que decidió hacerlo; b) violación del artículo 1968.2 CC, puesto que censuraba la inexistencia de daños continuados, y, por tanto, la prescripción de la acción ejercitada en el escrito de demanda, porque la actividad de producción de fertilizantes finalizó en el año 1989, de modo que consideraba imposible que se siguieran «causando» daños, que además era cuestión diferente de la permanencia de sus efectos al tiempo en que se enteró la actora; c) El motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1902 CC sobre la responsabilidad contractual y la doctrina de «la unidad de la culpa civil» aplicada por la resolución recurrida, por entender que no puede llevarse al supuesto de autos, pues, al no existir relación jurídica previa entre las partes, no podía hablarse en ningún caso de responsabilidad contractual; d) El motivo sexto reprochaba la infracción del artículo 1902 CC, en lo relativo a la inexistencia del presupuesto de la culpa, con la indicación de que la recurrente no había incumplido deber alguno frente a la actora, pues la legislación que obliga a la limpieza de suelos contaminados se había dictado a partir de 1998, cuando E., S.A. ya no era propietaria de la finca; e) El motivo octa-

vo reprochaba la transgresión por inaplicación de los artículos 1101 y 1484 CC, y mantenía que lo procedente hubiera sido que la actora reclamara por vicios o defectos ocultos al anterior propietario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (E. C. V.)

44. Responsabilidad del procurador por falta de comunicación del emplazamiento para ejercitar las acciones penales y civiles derivadas de delito. Requisitos para que se produzca la responsabilidad por pérdida de 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, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS de 15 de febrero de 2008, rec. 5015/2000), que es el aspecto que se trata en este motivo segundo del recurso, en el que se contempla la frustración de la acción de responsabilidad civil ejercida en el proceso penal. Este principio, cuando se relaciona con los criterios de imputación rigurosos aplicables a la responsabilidad nacida del incumplimiento de los deberes profesionales, implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 23 de julio de 2008, rec 98/2002). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. 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).

Indemnización del daño moral por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.—La sentencia de apelación considera indemnizable el daño moral ligado a la privación del ejercicio de la acción penal porque la privación de esta, que es independiente del ejercicio de la acción civil, constituye un menoscabo de la autonomía y de la dignidad de la persona, en cuanto le impide, en contra de su voluntad, hacer uso del derecho reconocido por el ordenamiento al perjudicado, como especialmente interesado en el castigo del hecho punible, de actuar en el proceso penal para solicitar que se haga justicia ejerciendo la acusación contra aquellos que estima responsables de un delito que le ha causado perjuicios. La consideración de esta vertiente de la acción penal es suficiente para valorar adecuadamente el daño moral derivado de la privación de su ejercicio, puesto que, como acertadamente señala la sentencia de apelación, la protección del buen nombre de las personas no es el objeto del ejercicio de la acción penal cuando se trata de delitos encaminados a la protección de bienes jurídicos ajenos al honor y sólo pueden imputarse al agente a efectos de establecer su responsabilidad civil aquellas consecuencias que aparecen anudadas a su conducta dentro de los fines de la norma que apodera para el ejercicio de la acción penal a los perjudicados y obliga a su repre-

sentante procesal a actuar con la debida diligencia para permitir dicho ejercicio. (STS de 23 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—A consecuencia de la muerte de una persona ocasionada por un delito, el hermano de la fallecida se personó como perjudicado en el sumario abierto cuando se encontraba en fase de instrucción. El auto de conclusión del sumario fue notificado al procurador del personado, sirviendo la notificación de emplazamiento, pero el procurador comunicó al abogado únicamente el auto de conclusión y no le dio cuenta del emplazamiento, lo que privó a su cliente de la facultad de ejercitar las acciones penal y civil derivadas del delito. El hermano y la madre de la mujer fallecida demandaron al procurador y su compañía de seguros reclamando una indemnización por frustración de una acción judicial. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por el hermano de la mujer fallecida, condenando a los demandados a indemnizar el daño moral por lesión al derecho a la tutela judicial efectiva y desestimó íntegramente la demanda formulada por la madre de la mujer fallecida. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (L. F. R. S.)

45. Culpa extracontractual: accidente laboral: cuantía de la indemnización por daño no patrimonial: doctrina general.—Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en que consiste el daño moral; es también muy amplia la facultad de apreciación de que dispone el juzgador cuando deben valorarse las consecuencias patrimoniales derivadas de la incapacidad que origina un daño corporal cuando ha de integrarse en ella el lucro cesante. Por otra parte, para evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales, el legislador ha implantado sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según las reglas fijadas por el propio legislador y también según las normas generales sobre interpretación de las leyes.

Aplicación orientativa de los baremos para fijar el *pretium doloris*.—La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los baremos legales que rigen respecto de los daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS de 11 de noviembre de 2005, 10 de febrero y 19 de mayo de 2006, 2 y 22 de julio de 2008). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; aunque su reconocimiento está muy lejos de admitir una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación, con arreglo al artículo 4.1 CC. Cuando se toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales, el sistema legal de tasación de daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, puede exami-

narse en casación cuando se aprecie un inexplicable o una notoria desproporción entre lo que resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la sentencia (SSTS de 10 de febrero y 20 de diciembre de 2006), pero la parte recurrente no aporta fundamento consistente alguno que permita afirmar que el sistema de valoración que los tribunales de instancia han tenido en cuenta como pauta orientativa haya sido aplicado de manera defectuosa o errónea.

Mora de la aseguradora.—Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo *in illiquidis non fit mora*, debe excluirse la mora de la aseguradora únicamente cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial. Si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora, se hace necesario examinar la fundamentación de la misma. En el presente caso: a) La empresa asegurada comunicó inmediatamente a la aseguradora el accidente laboral, luego no hubo inactividad de aquélla; b) era previsible deducir una cierta responsabilidad en sede civil dada la doctrina sobre siniestros laborales del Tribunal Supremo; c) que no se consignó ninguna cantidad, ni, por tanto, «el importe mínimo de lo que el asegurador puede deber», a que hace referencia el artículo 18 LCS. (STS de 9 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: lesiones por accidente laboral: recargo de prestaciones: doctrina general de la jurisdicción laboral que acoge la Sala 1.ª: no se computa el recargo para calcular la indemnización derivada de la responsabilidad civil.—La imposibilidad de compensación ha venido siendo reiteradamente declarada por la jurisprudencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, en doctrina consolidada a partir de la sentencia de Sala General de 2 de octubre de 2000. Tiene su fundamento en el hecho de que tal deducción dejaría vacía de contenido su finalidad, ya que el recargo, en una sociedad con altos índices de siniestralidad persigue evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales. Esta jurisprudencia ha venido siendo mantenida de manera constante hasta la actualidad (así SSTS, Sala 4.ª, de 9 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002 y 17 de julio de 2007), aclarando la última de las citadas que, de ese cómputo de las prestaciones ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, por su naturaleza esencialmente sancionadora, y porque su posible detracción del importe indemnizatorio dejaría vacía de contenido la finalidad atribuida por el artículo 123 LGSS, consistente en incrementar significativamente sus responsabilidades con el propósito de que no les resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidentes. A su vez, la STS, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008, la cual, entrando en el tema de la incidencia de las prestaciones de la Seguridad Social en la reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo, ha indicado que, además de las prestaciones públicas que procedan, también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios de aquél en cuyo cálculo han de tenerse en cuenta las prestaciones de la SS, pues de lo contrario se produciría un exceso carente de causa, pero no así el recargo por infracción de medidas de seguri-

dad. Doctrina que, a su vez, ha sido aplicada por STS, Sala 1.^a, de 24 de julio de 2008, la cual afirma que, en relación al recargo de prestaciones, la ley nos indica que se trata de un supuesto sancionador del empresario negligente, por lo que no debería acumularse esta cantidad, que no tiene como finalidad reparar el daño causado, sino sancionar a quien lo ha ocasionado. (**STS de 3 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

47. Responsabilidad civil de los auditores.—El Tribunal parte de la regla según la cual cuando un conjunto de condiciones es antecedente necesario de un resultado conforme a las reglas de la experiencia, todas ellas merecen la calificación de causa, con independencia de su jerarquía relativa, esto es, aunque fueran meramente cooperadoras o concomitantes. En el presente caso considera que la actividad de los auditores como garantía de la veracidad de las cuentas auditadas importaba a la otra parte del contrato de auditoría y a las personas en ella integradas como socios y tenía, además, un indudable interés general. El Tribunal declara que la infracción de las reglas de la *lex artis* por parte de los auditores demandados, aunque no haya sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los actores, ha contribuido a ese resultado, pues ha privado a los socios de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquélla. De haber dispuesto los socios actores de esa información habrían modificado su actitud ante la cooperativa sustituyendo sus periódicos asentimientos sobre las cuentas presentadas, por una reacción ante lo que no era más que una gestión social irregular que, de modo irremisible, llevaba a la sociedad a la situación económica causante del objetivo incumplimiento de los compromisos por ella asumidos. Añade, por último, que los intereses de los actores y los demás socios estaban, en definitiva, protegidos por la norma que los auditores demandados infringieron, y les imputa el daño que los demandantes sufrieron, en los términos que había establecido la sentencia de la primera instancia. (**STS de 14 de octubre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía doña Estíbaliz y otros, socios de PSV Sociedad Cooperativa, adjudicatarios de viviendas promocionadas por la misma, contra E & Yo S.A., don Jesús María y Agf U.F., S.A. (actualmente ACSR, S.A.), sobre responsabilidad por la ejecución deficiente de una auditoría, y, en consecuencia, a indemnizar a los demandantes en los perjuicios que habían sufrido como consecuencia de la paralización de las obras debida, en síntesis, a la grave crisis económica de la cooperativa, declarada en suspensión de pagos, y a una gestión irregular de los fondos que habían aportado para la adquisición de las fincas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente y condenó en forma solidaria a los demandados La condena impuesta tuvo por objeto una cantidad equivalente a las derramas y costes que debieron pagar los actores para la reanudación y conclusión de las obras, pese a haber convenido en sus contratos un precio cerrado. Dicho perjuicio fue imputado por el Juzgado de Primera Instancia al auditor y a la sociedad en la que estaba integrado, por no haber revisado y verifi-

cado correctamente los documentos contables de la cooperativa auditada, correspondientes a los ejercicios y, en consecuencia, por no haber reflejado en el informe su verdadera y crítica situación. Los actores interpusieron contra dicha sentencia recurso de apelación, el cual fue estimado. Pese a ello, el Tribunal consideró que el auditor había infringido las normas reguladoras de la auditoría. Así, declaró que no negaba «la infracción... de determinadas normas técnicas de auditoría» y, por el contrario, que estaba de acuerdo con la sentencia apelada «en cuanto a la apreciación de determinados incumplimientos por la auditora demandada al elaborar los informes de auditoría...». Negó, sin embargo, la relación causal entre dichos incumplimientos y la insolvencia de PSV, Sociedad Cooperativa, con declaración de que ésta había sido consecuencia directa de la gestión de sus propios rectores. Los demandantes interpusieron recurso de casación en base a los siguientes motivos: infracción del artículo 11 de la Ley 19/1988; e infracción del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (E. C. V.)

48. Responsabilidad civil de los auditores. Imputación objetiva. El criterio del fin de protección de la norma.—De los presupuestos de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC, aplicable al caso, tiene particular importancia el referido a la relación causal entre la conducta y el daño. A él se refiere el motivo que estamos examinando. Dicha relación se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la *conditio sine qua non*, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la «equivalencia de condiciones», según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también. Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. Se trata, con ello, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad. El referido planteamiento es el seguido por la jurisprudencia en la aplicación del artículo 1902 –SS de 29 de marzo y 6 de septiembre de 2005 y 10 de junio de 2008, entre otras muchas–.

El Tribunal de apelación, según afirma en la sentencia recurrida, aplicó «criterios de lógica humana sobre el antecedente del resultado favorable, aunque erróneo, de la auditoría del ejercicio de mil novecientos noventa y tres y la consecuencia de la continuidad sin problemas de la actividad de la agencia en el seno de la cual se produjeron expolios del producto de las inversiones de los actores... por parte del administrador... a partir de junio de mil novecientos noventa y cuatro», para afirmar como indiscutible la relación de causalidad entre el deficiente cumplimiento por el auditor de la obligación de detectar errores y fraudes y el daño patrimonial sufrido por los inversores

demandantes. En otro pasaje de su sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona califica como «segura (la) intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la vista del resultado desfavorable que debería haber tenido la auditoría» e identifica la misma como la causa probable de que «la evolución descrita de las inversiones de los actores no (hubiera) tenido lugar» y, al fin, de que «los títulos se (hubieran) mantenido incólumes a su disposición». El respeto que merece la declaración de hechos probados en la instancia –reafirmado, entre otras, en la S de 29 de marzo de 2005– y la naturaleza básicamente fáctica de la afirmación de una equivalencia de condiciones del daño patrimonial, no pueden, sin embargo, impedir que, en esta sede, revise-mos los criterios empleados por el Tribunal de apelación para, con base en aquella, afirmar o negar la causalidad jurídica o imputación objetiva, investida de los caracteres propios de una cuestión jurídica a los efectos de la casación –SS de 5 de octubre de 2006, 22 de febrero y 17 de abril de 2007 y 10 de junio de 2008–, dada su naturaleza valorativa o de toma de posición para la integración de lo que constituye un tipo jurídico abierto.

Como se indicó, la sentencia recurrida no afirma que el auditor responda por haber posibilitado que los demandantes invirtieran con una conciencia viciada por un error, sobre la situación financiera de XMPAV, S.A., provocado por el ofrecimiento de una información económico contable que no era fiel y veraz sobre las cuentas anuales auditadas. Sino por no haber determinado la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, organismo administrativo de supervisión e inspección de dicho mercado. Pues bien, la que, para los demandantes y el Tribunal de apelación, fue causa inmediata del daño –identificada, se insiste, en el hecho de que el órgano de supervisión no hubiera actuado a tiempo de impedir las inversiones efectuadas por aquellos– debe ser calificada como extraña al ámbito de protección proporcionado por la normativa a cuya infracción se ha vinculado la responsabilidad del auditor. No cabe desconocer, como también se ha expuesto, que la finalidad de la norma infringida no era otra que permitir, además de a la sociedad auditada, a los terceros «conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas» –en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 19/1988–. Es cierto que el auditor, en los casos de violación grave de normas, de riesgo para la continuidad de la empresa auditada o de comprobación de determinadas irregularidades, asume *ex lege* un deber de denuncia. Pero, además, de que el incumplimiento del mismo no se presentó en la demanda como autónomo, sino como la consecuencia de no haber descubierto el auditor las irregularidades y fraudes en la revisión y verificación de los documentos contables de XMPAV, S.A., por razón de una prestación profesional negligente, no cabe prescindir de que la norma que le obligaba a colaborar, mediante la denuncia –DF 1.ª de la Ley 19/1988–, con el organismo supervisor en la defensa del mercado, sólo remotamente coincidía en su finalidad con la realmente infringida. Si a ello se une que comportamientos ajenos al del auditor, cual el de la agencia de valores –merecedor de la tramitación de un proceso penal y de la aplicación de sanciones por el Consejo de Ministros– concurrieron a la producción del daño, así como que las competencias de supervisión e inspección a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que implican un control continuado del cumplimiento de la normativa vigente por aquellos que desarrollan su actividad profesional en los mercados financieros –arts. 13 y 84 de la Ley 24/1988–, las debe ejercer por propia iniciativa dicha entidad, se llega a la conclusión de que la imputación objetiva o causalidad jurídica se ha lle-

vado por el Tribunal de apelación demasiado lejos, dadas las circunstancias, al considerar a PWA, S.A., y don Iván, en la condición de vigilantes o garantes últimos de la transparencia de la información económico-contable de la empresa auditada, causantes del resultado perjudicial para los actores. Procede, por ello, estimar este motivo y, con él, el recurso. (**STS de 9 de octubre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Bajo una apariencia de solvencia, desde el año 1993 la sociedad de valores XMPAV, S.A. desvió fondos de clientes para cubrir pérdidas producidas por otras operaciones en el mercado de derivados financieros. Los informes de auditoría de cuentas anuales realizados por PWA, S.A., no reflejaron sin embargo la imagen fiel del patrimonio social ni la situación financiera de la sociedad de valores. Importantes inversiones encomendadas por algunos clientes tuvieron lugar tras el depósito de las cuentas de 1993 en la CNMV. No obstante, XMPAV, S.A. fue declarada en quiebra con fecha 14 de septiembre de 1995 y las cantidades entregadas por los inversores no pudieron ser recuperadas. Los inversores interpusieron demanda de responsabilidad civil contra la auditora PWA, S.A., por entender que, de haber sido correctamente formulados los informes de auditoría, la CNMV hubiera intervenido antes y eficazmente, circunstancia que hubiera impedido que tuvieran lugar las inversiones ruinosas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona desestima la demanda íntegramente, mediante sentencia de 21 de octubre de 1998. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 31 de julio de 2000 de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estima y condena a PWA, S.A., a indemnizar el daño causado a los inversores.

La auditora recurre en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, tras considerar que la circunstancia de despertar el celo de las agencias públicas de regulación para evitar daños con su pronta reacción a quienes ponen sus ahorros en este mercado no se incluye en el fin de protección de la norma de auditoría de cuentas. Además, según el Alto Tribunal, la inversión fallida no fue tomada sobre la base de la confianza del inversor en el informe de auditoría, que desconocía, y habría muchos otros factores que hubieran podido y debido causar la intervención de la CNMV.

NOTA.—Bajo el elocuente título «Paños calientes: la responsabilidad de los auditores frente a los acreedores de la sociedad auditada», Francisco Vicent Chuliá dedicó la segunda parte de su trabajo «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *RdP*, 2002, núm. 9, pp. 83 a 90, a poner de relieve la existencia de un sector doctrinal partidario de restringir la responsabilidad de auditores por daños a terceros. El estudio atribuyó especial interés a la SAP Barcelona de 31 de julio de 2000, ahora revocada. Con todo, la STS de 9 de octubre de 2008 no marca ninguna tendencia y la jurisprudencia española de casación, iniciada ese mismo año, en ocasiones declara la responsabilidad de esas empresas. Así, la STS de 5 de marzo de 2009, Sala 1.^a, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, RJ 2009/1631, imputa objetivamente el daño a la conducta de

la auditora aunque, a diferencia de la STS de 9 de octubre de 2008, no valora la incidencia que dicha conducta puede tener en una eventual intervención de la CNMV. Sobre las últimas sentencias del Alto Tribunal, véase Jordi Ribot Igualada, «La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro», *AC*, 2009, fascículo I, pp. 2287 a 2327. (*J. M. B. S.*)

49. Responsabilidad extracontractual del empresario por hechos de sus dependientes. Negligencia del empresario al elegir a un operario que no estaba capacitado para realizar el trabajo encargado.—Habiéndose acreditado en período probatorio —y sin que sea dable su revisión en casación al mantenerse incólumes los hechos en esta instancia, sin que tampoco se haya interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal para combatir adecuadamente su valoración— tal como considera probado la sentencia impugnada, que el propietario encargó un trabajo que llevaba intrínseco un riesgo, como es la utilización de soldadura, a personas no capacitadas para ello, incumpliendo el deber de diligencia exigible según el estándar de prudencia, resulta que José Manuel, asegurado de la recurrente «Royal Insurance, S.A.», es responsable civilmente de los daños causados a terceros, por lo que, en virtud del contrato de seguro que le une con la parte recurrente, la aseguradora debe responder de los daños que le son atribuidos al asegurado por mor de su acción u omisión negligente, sin que, por tanto, pueda entenderse producida la infracción normativa invocada.

Cláusula limitativa de los derechos del asegurado no consentida específicamente por éste. Cobertura del seguro.—En el caso de autos, la cláusula contenida en la letra a) del artículo 1, apartado A-VI de las Condiciones Generales de la Póliza suscrita entre la recurrente y el asegurado constituye una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, el cual, una vez producido el siniestro cubierto por la póliza, se ve privado de la cobertura del seguro por hechos ajenos al evento dañoso, sin que constituya una descripción del riesgo cubierto, como acertadamente ha interpretado la sentencia impugnada, y sin que conste que dicha limitación haya sido destacada expresamente en el contrato y consentida específicamente —no de forma general— por el asegurado. (**STS de 17 de septiembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los actores, que eran la propietaria del local comercial siniestrado y su compañía aseguradora, demandaron al operario que originó el incendio, al empresario que lo había contratado, a la compañía aseguradora de éste, al propietario de la vivienda en la que se hacían los trabajos de soldadura y a otra persona —que fue absuelta en las dos primeras instancias— en reclamación de una indemnización de los daños producidos por el incendio, que se originó a consecuencia de las chispas que cayeron desde un piso hasta el patio de luces con el que comunicaba el almacén de la demandante, que contenía materiales inflamables. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por la compañía aseguradora y desestimó íntegramente la demanda presentada por la propietaria del local siniestrado. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por los demandan-

tes condenando a los demandados –salvo a uno de ellos– a indemnizar los daños causados a los demandantes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por los demandados condenados. (*L. F. R. S.*)

50. Doctrina jurisprudencial acerca de la teoría de la responsabilidad por riesgo.—En el único motivo del recurso se denuncia la infracción por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 1902 CC; vulneración que se produce, según afirma la parte recurrente, al imputar la sentencia impugnada a Comercial Distribuidora de Butano y Derivados S.A., responsabilidad en la explosión ocurrida en la mencionada vivienda y ello por cuanto –insiste la parte recurrente– no se ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre el daño y la existencia de una acción u omisión imputable a dicha entidad, a pesar de constituir tal elemento requisito imprescindible para que nazca su responsabilidad derivada de culpa extracontractual prevista en el artículo 1902 CC. No obstante, dicho planteamiento que exigiría en todo caso a la parte actora la prueba del exacto origen del daño y de la acción u omisión culposa por parte de los demandados, como única forma de determinación del nexo causal, vendría a contradecir la propia esencia de la doctrina jurisprudencial que, al amparo del artículo 1902 CC, ha desarrollado la teoría de la responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva; pues precisamente dicha teoría parte de una consideración puramente material de la relación causal para considerar que, acreditado por la parte perjudicada el origen del daño –en este caso la explosión de gas– queda cumplida por la demandante su carga probatoria para derivar hacia quien creó el riesgo la carga de acreditar que el resultado dañoso no es consecuencia de su actuación, sino de la interferencia de elementos extraños a ella como pudieran ser la propia actuación de la víctima o la fuerza mayor. En este sentido, la S de esta Sala de 25 de enero de 2007 destaca dos aspectos en relación con la responsabilidad por riesgo: «el primero, que sólo cabe acudir a títulos de imputación de la responsabilidad basados en criterios distintos al subjetivo, con la subsiguiente consecuencia en el orden procesal de la inversión de la carga de la prueba, en los casos en que exista una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios; y el segundo, que, en cualquier caso, sea cual fuere el título de imputación de la responsabilidad, es preciso que concorra la necesaria causalidad en su secuencia o vertiente jurídica, apreciada conforme a criterios de adecuación o eficiencia, que posibilite la atribución del daño». En supuestos de hecho similares al ahora enjuiciado, las SS de 30 de julio de 1998 y 29 de octubre de 2004 afirman que «ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone acción voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto, por resultar entonces adecuada la aplicación del artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede en el caso que nos ocupa por el uso doméstico del gas butano, que impone el manejo de las bombonas

al usuario y por ello no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar». (STS de 16 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El día 27 de enero de 1995 se produjo una deflagración de gas en un edificio sito en Madrid. A raíz de ella, se derrumbaron varios pisos, causando numerosos heridos y un muerto. Doña Eugenia, mujer del fallecido, actuando en nombre propio y en el de su hija menor de edad, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid contra RB, S.A., CDBD, S.A. y MSR solicitando una indemnización de 30 millones de pesetas.

El Juzgado desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó y estimó íntegramente las pretensiones de la parte actora. Interpuesto recurso de casación por parte de CDBD, S. A., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

51. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad cuasi-objetiva por riesgo.—Conforme a la orientación seguida últimamente por las SSTs de 14 de diciembre de 2005, 3 de abril de 2006 y 11 de junio de 2008, lejos de prescindir de la culpa o presumir su existencia sin posibilidad de prueba en contrario, continúa haciéndose imprescindible la concurrencia del elemento subjetivo, que deberá ser probado, si bien —y esto es lo relevante—, la carga de hacerlo se invierte, pues se presume *iuris tantum* la culpa del agente entre tanto éste no demuestre que actuó con la diligencia exigible, diligencia que se medirá no sólo en atención a las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, en función del sector del tráfico o entorno físico o social donde se proyecta su conducta, todo lo cual debe valorarse para determinar si el agente obró con cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio. De este modo, el principio de responsabilidad subjetiva consagrado por los artículos 1902 y ss. CC, hay supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daños 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, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, 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.

Omisión de medidas de seguridad: contraria a las obligaciones exigibles.—En el presente caso el accidente sobrevino a consecuencia de que el obrero se vio atrapado por el montacargas, al introducir su calzado por el hueco o espacio de 8 ó 9 cms entre el tablón que daba acceso a la cabina del montacargas y las puertas de la misma, siendo causa eficiente del resultado la

conducta del empresario por omitir las medidas de seguridad adecuadas a dicho riesgo, tendentes a suprimir o reducir dicha separación e impedir así el atrapamiento accidental de cualquier operario; por más que no estén claras todas las circunstancias fácticas del accidente, el único hecho probado con valor de causa determinante del resultado dañoso se sitúa en la omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad adecuadas, toda vez que la sentencia descarta la concurrencia de otras posibles causas que, en su caso, podrían haber servido, si no para eliminar, sí al menos para moderar la responsabilidad del agente (defecto en el mecanismo elevador, autopuesta en peligro del trabajador, etc.). Las medidas de seguridad en el trabajo incumben de modo especial a quienes asumen funciones empresariales, de vigilancia, de dirección o de gestión, como se deduce de los artículos 14 y 42.1 de la LPRL, aludiendo este último a las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de aquéllas. **(STS de 19 de noviembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia de Carballo estimó la excepción de falta de jurisdicción, rechazada luego por la Audiencia Provincial, siendo rechazado igualmente el recurso de casación. En igual sentido, por ej., STS de 28 de junio de 2005 (v. *ADC*, 2007, n. 47, pp. 1.020 s.). Obsérvese que el incumplimiento de las medidas de seguridad y fundamento exclusivo en la responsabilidad laboral ha sido determinante en otras ocasiones para establecer la competencia de esta jurisdicción, así en STS de 18 de mayo de 2006 (*ADC* 2008, n. 38, pp. 1.701 s.) (*G. G. C.*)

52. Culpa extracontractual y obligación de medios en responsabilidad médica.—En este caso, el Tribunal entiende que, aún admitiendo que la aplicación de la técnica de la fecundación *in vitro* forme parte de la medicina voluntaria o satisfactiva, el evento dañoso, consistente en el fallecimiento de la señora Catalina, no se produjo por una causa o circunstancia relacionada con la misma, sino en el desarrollo del embarazo, al que es razonable dar el tratamiento correspondiente a la medicina necesario o curativa, tal y como lo entendió el juzgador *a quo*. El examen de la hipotética responsabilidad civil de los médicos, dada la causa que produjo el fallecimiento, no es un problema relacionado con la medicina denominada satisfactiva, por lo que el planteamiento del motivo carecía de consistencia.

Inaplicación del artículo 28 LGDCU.—En el caso, el Tribunal excluye la aplicación del artículo 28 LGDCU puesto que el fallecimiento se produjo por la instauración brusca y súbita de una eclampsia asociada al síndrome de Hellp, que nada tiene que ver con el servicio sanitario.

El daño médico desproporcionado.—En el caso, evidentemente hubo un resultado desproporcionado entre la actividad inicial y el resultado producido, pero el Tribunal entendió que no procedía la apreciación de responsabilidad civil sanitaria porque se había declarado probada la causa del fallecimiento, y no se apreció negligencia médica. Hubo la explicación y justificación médica que excluía la aplicabilidad de las consecuencias de la doctrina jurisprudencial que sostiene que en el caso de daño desproporcionado, o resultado «clamoroso», el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria.

Consentimiento informado.—En la sentencia se declara probado que la técnica reproductiva de la fecundación *in vitro* no se constituye, por sí misma, y en término epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la preeclampsia y/o síndrome de Hellp en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa a efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos previsibles asociados al tratamiento. En relación al desarrollo del embarazo, que se inserta en el ámbito del tratamiento jurídico de la medicina curativa, la causa del daño no entra, dadas las circunstancias fácticas apreciadas en la sentencia recurrida, entre los riesgos sujetos a la exigencia de una información previa, de ahí que se estime correcta la apreciación de la sentencia impugnada en cuanto señala que «quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, como en su caso podía venir representado por la preeclampsia y el síndrome de Hellp en el marco de las deficiencias de caracterización sintomatológica que se advirieron en el caso que nos ocupa, y en función del carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad». (STS de 23 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Javier, que actuaba en nombre y representación de sus hijos Clemente y Luis Carlos, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante, siendo parte demandada doña Isabel, don Plácido y don Ernesto, el Instituto B. F. G., S.L. y la entidad W. Compañía Suiza de Seguros; suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declarase la responsabilidad civil de los ginecólogos doña Isabel, don Plácido y don Ernesto; del Instituto B. F. G., S.L., S.L.; y de W. Compañía Suiza de Seguros; se condenase conjunta y solidariamente a los demandados, a indemnizar a los actores, por la totalidad de los daños y perjuicios en relación con el fallecimiento de su mujer a la que se le había practicado una fecundación *in vitro* y cuyo óbito se produjo como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia confirmó la sentencia recurrida. Los demandantes interpusieron recurso de casación que fundaron en los siguientes motivos: a) Infracción de los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad, en relación con el consentimiento informado sobre los riesgos previsibles; b) Infracción del artículo 1544 en relación con el artículo 1583 CC y artículo 1101 del mismo texto legal, alegando «una incardinación incorrecta del acto médico que se juzga, por la Sentencia de la Audiencia, como de medicina curativa o necesaria en contraprestación a la satisfactiva o voluntaria, ignorando, por tanto, las consecuencias procesales de esa incorrecta incardinación, siendo las principales consecuencias no tomadas en cuenta en la resolución impugnada: 1.^a) Que la no obtención del resultado hace presumir la culpabilidad de los médicos actuantes; 2.^a) Que se invierte la carga de la prueba.»; c) Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación de la responsabilidad objetiva del artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que para responder civilmente basta acreditar el daño y su relación causal con el servicio prestado; esto es, que

se responde, no en atención a la presencia de ninguna actuación negligente, ni se necesita ningún reproche culpabilístico. Y ello, sobre todo en el ámbito de la medicina no curativa, si se produce el daño, se debe responder conforme al régimen jurídico instaurado en nuestra legislación. Finalmente se concreta la aplicación al caso del artículo 28, párrafo segundo, LGDCU que «somete (se afirma) al régimen especial de responsabilidad objetiva que establece a los “servicios sanitarios” (obviamente a sus prestadores) al presumirse *iuris et de iure* que estos incluyen las garantías y los controles a que se refiere el párrafo primero del expresado dispositivo legal»; d) Violación por inaplicación de las normas legales que regulan la responsabilidad contractual y extracontractual en relación a la doctrina jurisprudencial referente al daño desproporcionado comparado con lo que es habitual, unido a la violación de los Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología; e) Infracción por inaplicación de los artículos 1902 y 1903 CC en relación con el artículo 1101 del mismo texto legal. El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación. (E. C. V.)

53. Responsabilidad extracontractual por daños originados por la explosión producida en una vivienda a consecuencia de la manipulación de productos inflamables. Relación de causalidad e imputación a la persona que manipuló los productos.—En el ámbito del suceso, el control de la situación correspondía a quien adquiere un producto indudablemente nocivo y en circunstancias normales decide por su propia voluntad asumir el riesgo de su manipulación «por sí sola y sin el auxilio de persona o empresa experimentada, más allá de lo que, hipotéticamente, podría haberle aconsejado el vendedor», haciéndolo en una cantidad realmente importante y sin cumplimentar los requisitos necesarios para evitar uno de los riesgos posibles y advertidos, como es el de la explosión, razón por la cual es a ella a quien se debe imputar el resultado dañoso.

No se aplican las normas de protección de los consumidores cuando el daño se produce por el uso indebido por parte del adquirente del producto.—Es hecho probado de la sentencia que conocía o debía conocer las características del producto a través de una etiqueta debidamente documentada y que era plenamente consciente de estar manipulando una sustancia nociva en una cantidad realmente importante, por lo que ninguna consistencia tiene la cita de la normativa propia de consumidores y usuarios cuando el daño causado por el producto no se produce por su correcto uso, sino por el uso indebido de quien lo adquiere.

No hay responsabilidad por parte del vendedor del producto.—La persona que adquiere el producto conocía su peligrosidad, y no es posible poner a cargo de quienes lo venden los efectos derivados de una conducta negligente posterior, sobre una base meramente especulativa, y como tal alejada de lo que pudiera aceptarse como suficiente juicio de probabilidad cualificado, cual es la de que podían y debían haber interrogado a la cliente o haber intervenido directamente en la venta de la que uno de ellos tenía conocimiento porque oyó la conversación entre el empleado y el cliente y a quien con el mismo argumento se le podía haber imputado el resultado por el hecho de no haber estado en el comercio para impedir con sus conocimientos la

venta, como efectivo garante de la seguridad de una operación que se estaba realizando con absoluta corrección.

Tampoco responde el fabricante.—Lo que se cuestiona es la responsabilidad en unos hechos que se producen por causa exclusiva de quien compra el producto y lo aplica con desprecio absoluto de las indicaciones contenidas en su etiquetado, y ello es suficiente para exonerar de responsabilidad al fabricante, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley.

Culpa exclusiva de la compradora del producto.—Si se generó la causa eficiente del resultado no fue por una deficiente información, sino por la culpa exclusiva de la compradora, lo cual rompe cualquier nexo causal respecto de las responsabilidades de los demás demandados puesto que las advertencias formuladas en ella eran suficientes para advertir del peligro existente y permitir al usuario formarse una opinión fundada sobre la seguridad que ofrecía el producto, y el fin de protección de la norma de las advertencias ausentes estaba dirigido a evitar intoxicaciones por contacto, inhalación o ingestión, pero no la inflamación de la sustancia, que estaba debidamente informada y que fue a la postre la que materializó el riesgo del resultado.

No hay responsabilidad por parte de la Administración por el etiquetado del producto.—El artículo 1902 atribuye responsabilidades al que por acción u omisión cause daño, y ese sujeto puede ser tanto individual como colectivo, o institucional, pues las instituciones y la administración, que necesariamente actúan a través de personas físicas, pueden sin embargo ser responsables por omisión de diligencia causante de daños. Ahora bien, el riesgo había sido previsto en la reglamentación dictada al efecto y en la exigencia de advertencia del etiquetado del fabricante cuya lectura era, como se ha dicho, altamente expresiva de la peligrosidad del producto, destacándose las proporciones de su uso, su ámbito de aplicabilidad y las demás precauciones que debían adoptarse, figurando en caracteres tipográficos las palabras Inflamable y Veneno; datos todos ellos suficientes para advertir su peligrosidad y para negar que exista vinculación causal entre la denunciada disparidad del etiquetado con el RD 3349/1983 y el resultado dañoso. **(STS de 21 de noviembre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los actores interpusieron demanda contra la mujer que manipuló un insecticida y con su uso indebido causó una explosión que produjo daños en la finca de aquellos. También se dirigió la demanda contra el vendedor del producto, el propietario del establecimiento en el que se vendió, el fabricante y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Posteriormente se produjo la acumulación de procedimientos en los que habían reclamado indemnizaciones otras personas perjudicadas por la explosión. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda contra la mujer que manipuló el producto al considerar que usó indebidamente los insecticidas, desestimando la demanda en sus restantes pedimentos. La Audiencia Provincial estimó parcialmente algunos recursos presentados y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación absolviendo de la demanda a todos los demandados excepto a la mujer que manipuló indebidamente el producto inflamable que originó la explosión. (*L. F. R. S.*)

54. Culpa extracontractual: circulación vehículos de motor: adelantamiento indebido: responsabilidad por daños corporales.—El conductor demandado, en una maniobra evasiva, provocó la colisión con el vehículo propiedad del conductor, el cual circulaba correctamente. No cabe duda de que el daño fue causado íntegramente por el vehículo propiedad de la actora, y no se ha demostrado la concurrencia como causa excluyente de la imputación y con ello de la responsabilidad, de negligencia del perjudicado ni la concurrencia de una causa mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo. De los hechos probados se desprende que se ha justificado únicamente que un vehículo desconocido provocó una maniobra evasiva, pero no se ha probado que el expresado vehículo interviniese en el accidente como causa determinante con independencia de la conducta del conductor demandado, del que aparece probado que efectuaba una maniobra de adelantamiento sucesivo de varios vehículos, necesitada de una especial prudencia, y que al realizar la maniobra evasiva perdió el control del que conducía, acometiendo de esta forma al que circulaba correctamente.

Daños materiales causados por la colisión: doctrina general.—En punto a los daños materiales causados por la circulación, la LRCSVM 1995, partiendo de un principio de responsabilidad por riesgo en el artículo 1.1, I de aquélla, en el que se proclama con carácter general para todos los daños derivados de la circulación que afecten a la persona o a los bienes, exige la concurrencia de los requisitos de carácter subjetivo establecidos para la responsabilidad extracontractual en el artículo 1902 CC según el artículo 1.1, III. De la interpretación sistemática de ambos preceptos se infiere la necesidad de que se pruebe la culpa o negligencia por parte del conductor, si bien la referencia al principio de responsabilidad por riesgo según una jurisprudencia inveterada comporta una presunción de culpabilidad en contra del conductor causante del daño, que puede ser destruida por prueba en contrario. En el caso de colisión, al encontrarse los conductores en la misma situación, se anulan las consecuencias de la presunción en el sentido de que ésta no puede operar únicamente respecto de uno de ellos frente al otro; pero surge la necesidad de determinar en cuál de los dos se aprecia negligencia o una contribución causal en la producción del daño suficiente para presumir la existencia de culpa salvo prueba en contrario, o si la responsabilidad debe ser distribuida entre ambos por haber actuado concurrentemente en virtud de un principio de compensación de culpas; esto no supone obstáculo alguno para la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva ni a las particularidades de imputación de responsabilidad inherentes a las actividades que generan riesgos, según el sistema que establece la LRCSVM 1995. En el presente caso la solución coincide con la adoptada para los daños corporales. (STS de 16 diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

55. Culpa extracontractual: atropello de peatón por vehículo: concurrencia de conductas: sólo es relevante la del conductor en atención a las circunstancias.—Se fija como doctrina jurisprudencial que no es de aplicación la moderación de responsabilidad y reparto de la indemnización por daños a las personas previstos en el artículo 1 LRCSVM cuando, contribuyendo a la producción del resultado dos conductas, la del conductor del vehículo de motor y la de la víctima ajena a la circulación, la conducta del conductor por su entidad cuantitativa y cualitativa constituye causa determinante de la

colisión, aun cuando exista una contribución causal de la víctima de escasa entidad o desproporcionada en relación con la del conductor del vehículo de motor. (STS de 12 de diciembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El automóvil causante del accidente siguió una trayectoria anómala en el momento anterior al accidente, dando bandazos de un lado a otro de la calzada, sin observar la necesidad de una circulación particularmente prudente y defensiva exigida por las circunstancias (noche de fiestas patronales, travesía de núcleo urbano con una intersección y presencia de peatones); de seguir correctamente por su carril con normalidad, o hubiera advertido al peatón de su presencia o circulado con iluminación y a una velocidad que le permitieran detener su vehículo dentro del campo de visión, o, al menos, reaccionar de modo más adecuado ante la presencia del peatón, y se habría evitado el resultado final de secuelas graves, persistentes e irreversibles. La negligencia del peatón, consistente en penetrar en la calzada por una parte por la que no era previsible que el vehículo circulase, y en circunstancias que imponían al conductor especiales deberes de precaución, tiene un carácter secundario que impide atribuirle relevancia a los efectos de exonerar al conductor de la imputación del daño producido, como ajeno, en todo o en parte, a su responsabilidad objetiva por los riesgos de la circulación. Se hace constar en los antecedentes que el conductor y dueño del vehículo se suicidó al día siguiente de producirse el accidente. La demanda se dirige contra la aseguradora.

Además se declara la existencia de interés casacional por existir, al menos, dos sentencias de una misma Audiencia Provincial sobre el tema que se debate.

Se incluye en el fallo de la Sala 1.^a (¿con carácter oficial?) lo que se denomina *doctrina* jurisprudencial que se deriva del mismo. Esta *praxis* todavía no se ha generalizado en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ahora en Inglaterra las sentencias de la *Supreme Court*, —denominación que ha sustituido en 2009 a la tradicional de la *House of Lords*—, están precedidas de una *Nota informativa* con la siguiente apostilla: «This summary is provided to assist in understanding the Court's decision. It does not form part of the reason for the decision. The full judgement of the Court is the only authoritative document». Entre nosotros ¿tienen valor meramente informativo el resumen que desde hace poco tiempo acompaña a las copias de las sentencias de la Sala 1.^a, proporcionadas por el Centro de Documentación Judicial? ¿Sería conveniente que se explicara el valor jurídico de tal resumen? ¿Podríamos inspirarnos para hacerlo en el ejemplo inglés? (G. G. C.)

56. Accidentes de circulación. Determinación del baremo aplicable para valorar los daños sufridos.—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, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el tantas veces aludido punto 3.º del párrafo primero del Anexo de la Ley 30/1995, que no fija la

cuantía de la indemnización, porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. 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. Sin embargo, puede ocurrir y de hecho ocurre con demasiada frecuencia, que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del Anexo de la Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor que esta Sala ha atribuido a 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, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de junio de 2001, 23 de diciembre de 2004 y 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial. De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda que 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 30/1995, que establece que «la indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos». En virtud de la doctrina expuesta, debe estimarse fundado el recurso de casación y, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 LEC, procede casar en parte la resolución recurrida en lo relativo tan sólo al baremo que sirvió de base para cuantificar los daños, que, a diferencia de lo que señala la sentencia recurrida, no ha de ser el vigente en la fecha del siniestro, 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. (STS de 30 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don José Enrique interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia contra la aseguradora L, S. A., solicitando una indemnización de 38 millones de pesetas, por los daños ocasionados a raíz del accidente de motocicleta en la que viajaba como ocupante. El mencionado accidente tuvo lugar el 14 de junio de 1997.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a la compañía demandada a abonar a la parte actora una indemnización de 50.000 euros, más un interés del 20% desde el día del accidente. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Alicante la revocó, variando la indemnización, pero considerando, al igual que la sentencia de instancia, que la cuantía indemnizatoria debía ser resultado de aplicar el baremo vigente en la fecha de los hechos. Interpuesto recurso de casación por don José Enrique, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo, al considerar que el baremo que sirvió de base para cuantificar los daños no debía ser el vigente en la fecha del siniestro, sino el vigente en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas. (A. S. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

57. Prescripción adquisitiva. Presunción de continuidad de disfrute de la posesión en el mismo concepto. Interversión del concepto posesorio. Requisitos.—En virtud del principio llamado de inercia posesoria, el artículo 436 CC establece la presunción *iuris tantum* de que el poseedor continúa siéndolo por el mismo concepto en virtud del cual adquirió la posesión. Cabe en consecuencia la interversión posesoria, en virtud de la cual el poseedor por otro concepto puede pasar a serlo en concepto de dueño.

Para que opere la inversión del concepto posesorio en favor de una posesión en concepto de dueño es menester, la existencia de actos que reúnan una cuádruple condición: a) reflejar de manera inequívoca, a partir de un determinado momento, la voluntad de poseer en concepto de dueño por parte de quien poseía en otro concepto; b) tener carácter público y externo, pues no basta la mera intención del poseedor, aunque no se exige una forma o solemnidad determinada; c) tener carácter obstativo para el anterior poseedor, para lo cual no son suficientes los actos de mero incumplimiento de obligaciones por parte del poseedor, sino que es menester la afirmación de la titularidad dominical mediante actos expresos o tácitos que resulten incompatibles con el reconocimiento en favor de otra persona de la titularidad dominical; d) no permanecer ocultos al anterior poseedor, aunque en la modalidad de contradicción no es necesaria la aquiescencia formal de éste, ni que se le dirija una comunicación o intimación.

Usucapión extraordinaria de bienes muebles.—Existe cuando el poseedor provoca una interversión del concepto posesorio, empezando a poseer en concepto de dueño, mediante una conducta exteriorizada de una manera clara, inequívoca y pública, en forma tal que el propietario había tenido medios racionales para conocer que los bienes estaban siendo poseídos desde hacía más de seis años a título de dueño por otra persona. (STS de 28 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Habiendo sido depositados, por el «Capítulo de una Orden Militar», determinados bienes muebles de gran valor en la capilla de una prestigiosa «Hermandad», ésta se mostró como propietaria, desde el año 1990, efectuando gastos de conservación,

cediéndolos y prestándolos temporalmente, de tal modo que fue considerada socialmente como propietaria de dichos bienes.

En el año 1997, el «Capítulo» le comunicó su decisión de cancelar dicho depósito, pero ante la falta de contestación de la «Hermandad», fue demandada solicitando la cancelación del depósito y la devolución de los bienes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por falta de legitimación *ad causam* (para el pleito).

La Audiencia Provincial aceptó la legitimación pero confirmó la sentencia absolutoria, entendiendo que la parte demandada había adquirido los bienes por usucapión extraordinaria de bienes muebles.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

58. División de la cosa común. Vivienda familiar copropiedad de excónyuges cuyo uso y disfrute se atribuyó a la esposa en sentencia de divorcio.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene, frente a la decisión de la Audiencia, la doctrina jurisprudencial constante seguida sobre el tema en relación con la interpretación y posible colisión de los derechos recogidos en los artículos 400 y 96 ambos del CC. Se ha de mantener el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso (SSTS de 2 de diciembre 1992, 14 de julio y 18 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1995, 3 de mayo de 1999, 26 de abril de 2002, 28 de marzo de 2003 y 27 de noviembre de 2007, entre otras). Esta Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que la sentencia, recogiendo la postura mantenida en S de 8 de mayo de 2006 y otras citadas, sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. La acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa.

Por otro lado la admisión de la venta del inmueble en pública subasta no supone una vulneración del artículo 96 CC al exigir éste o bien el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o la autorización judicial, dado que el artículo 400 CC establece una regla taxativa que no tiene ninguna excepción cuando se trata de la división de un bien que pertenece a unas personas que lo habían adquirido durante el matrimonio por su condición de cónyuges y que a pesar de la disolución, siguen siendo copropietarios. En los casos en que uno de los copropietarios ejercita la facultad de dividir, de acuerdo con el

artículo 400 CC, no se plantea ninguna cuestión relacionada con la facultad de disposición del no usuario, porque lo único que pide es la división y no dispone de su cuota. (STS de 3 de diciembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don JC y doña M se habían separado en 1998. Ambos eran propietarios de una vivienda sita en Valladolid, con los trasteros y una plaza de garaje. El uso y disfrute de la vivienda en cuestión fue atribuido a doña M, en virtud de los pactos del convenio homologado en la sentencia, a quien se había atribuido la guarda y custodia de los hijos. Don JC demandó a su esposa, pidiendo la división del inmueble y su venta en pública subasta, con el reparto de lo obtenido por partes iguales. Doña M reconoció que nunca había negado el derecho a dividir la copropiedad, pero insistió en que la vigencia del derecho de uso y disfrute hacía imposible la venta en pública subasta con presencia de licitadores extraños, por lo que solicitó la desestimación de la demanda. Al mismo tiempo formuló demanda reconvenzional, pidiendo el pago de una cantidad que debía su esposo, a lo que éste se allanó.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid, de 11 de diciembre de 2002, estimó parcialmente la demanda, considerando que debía prosperar la petición de venta en pública subasta del piso y sus anejos, admitiendo por tanto la división de la finca común, debiendo mantenerse y subsistir no obstante el derecho de uso, que corresponde a su titular en virtud de la sentencia de divorcio, atribuido a la esposa demandada y a los hijos. Apeló dicha sentencia el marido demandante. La sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de abril de 2003, estimó el recurso, considerando, respecto del derecho de uso, que «es un derecho que está ahí y que nadie discute» y que se trata de un elemento a introducir en el momento de la celebración de la subasta, al igual que si existen hipotecas, gravámenes, arrendamiento. Declara la procedencia de la venta en pública subasta de la vivienda que pertenece por mitad a ambos cónyuges, repartiéndose por mitad el producto de la misma.

Doña M interpuso recurso de casación, con un único motivo, pero dividido en cinco fundamentos. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso considerando que se ha de mantener el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común, que la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso. (P. B. M.)

59. La acción declarativa del derecho de propiedad anterior al deslinde administrativo efectuado al amparo de la Ley de Costas como presupuesto del reconocimiento de los derechos de concesión que se conceden en compensación no queda afectada por el plazo de prescripción de cinco años que establece el artículo 14 de la mencionada ley.—El artículo 14 se refiere a las acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado: el precepto, como fácilmente se

colige, se refiere a las acciones reales, sin que aparentemente tengan otra limitación que la de versar sobre derechos afectados por el deslinde. Las acciones que tienen por objeto la declaración del dominio sobre una finca adquirido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas y al deslinde practicado conforme a la misma a fin de activar los derechos concesionales, de ocupación y aprovechamiento, establecidos en la DT 1.^a de la Ley, constituyen en sí mismas acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado, pues tales derechos concesionales, de ocupación y aprovechamiento, recaen sin ningún género de dudas sobre los terrenos afectados por un deslinde cuya eficacia declarativa no se discute, pero frente a la cual, y a partir de ella, se pretende su actuación con el presupuesto de la declaración de un dominio adquirido anteriormente, y afectan, desde luego, al contenido del demanio, que ve cómo la facultad de uso general de los bienes sobre los que recae cede transitoriamente y cobra carácter particular.

Ahora bien, esta interpretación gramatical no puede desconectarse de otros criterios interpretativos, de cuyo conjunto se extrae la correcta exégesis de la norma. Su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la Ley, relativo a los deslindes, justifica un entendimiento del precepto circunscrito a las acciones civiles que, frente a la eficacia declarativa y registral del deslinde, se dirigen a asegurar la titularidad del derecho privado que éste niega: en definitiva, aquellas que combaten los efectos declarativos y registrales del deslinde respecto del bien afectado por él, todo ello, claro está, dentro del marco competencial correspondiente a la jurisdicción civil, inherente a la naturaleza de la acción ejercitada, que convive con el control jurisdiccional contencioso-administrativo de la legalidad del acto en que consiste el deslinde, como tuvo oportunidad de declarar esta Sala con anterioridad –SS de 25 de abril y 13 de junio de 2007–.

Tal debe ser la recta inteligencia del precepto, que conduce a dejar al margen de él las acciones que, a partir de la situación jurídica creada por el deslinde, y respetando sus efectos, tienen por objeto la declaración de un derecho de propiedad anterior como presupuesto del reconocimiento y la eficacia de los derechos temporalmente limitados que el ordenamiento jurídico atribuye a quien se ha visto privado de su dominio como consecuencia de la titularidad dominical. (STS de 16 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes instaron una acción declarativa contra el Ministerio del Medio Ambiente, para que se declarase que determinada finca era de propiedad privada de aquellos antes de la publicación de la Ley de Costas de 1988 y que ese derecho de propiedad se había transformado en la situación de hecho y de derecho contemplada en la DT 1.^a de la citada Ley a los efectos de obtener la concesión administrativa extraordinaria regulada en dicha disposición. La demandada alegó que la acción ejercitada había prescrito pues había transcurrido un plazo superior a los cinco años para el ejercicio de acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado que establece el artículo 14 de la Ley de Costas. El Juez de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (L. F. R. S.)

60. Propiedad horizontal: división material y jurídica: diferencias.—Según destacada doctrina científica, no resulta aplicable la normativa de la propiedad horizontal a los efectos de la división material, por lo que no existe inconveniente para que el dueño de un piso o local separe materialmente su propiedad, coloque tabiques y distribuya su uso. Igualmente, cabe que se vendan partes *pro indiviso*, incluso con coeficiente interno, con el establecimiento de unas reglas propias no afectantes a la comunidad. Por el contrario, la división jurídica presenta ciertos matices diferentes, pues si la pretensión del titular es la de que un piso o local pase a ser de dos o más, con desaparición de la cuota de propiedad inicial y asignación de otras diferentes, aunque sea con la suma de lo mismo, se necesita el acuerdo unánime de la junta de propietarios, ya que se considera que existe modificación del título. Ahora bien, respecto a la modificación de este último, la STS de 13 de marzo de 2003 ha admitido que el cambio se produzca por la vía judicial, aunque no haya unanimidad, si la oposición es considerada como un acto de abuso de ley y un uso antisocial del derecho. **(STS de 19 de diciembre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En un edificio en régimen de propiedad horizontal con sólo dos propietarios, uno de ellos pretende dividir la finca de su propiedad en dos, de modo que los anejos de la vivienda —elementos físicamente independientes de la misma— queden como finca registral independiente. Pretende, asimismo, que a las dos fincas resultantes de la división se les asignen las cuotas de participación correspondientes. Ante la negativa del otro copropietario a autorizar la división, interpone la acción de división sobre elementos comunes.

Aunque el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, su sentencia es revocada posteriormente en apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, por considerar abusiva la posición del demandado sobre la modificación del título constitutivo, de acuerdo con las circunstancias concurrentes. (*M. C. C. M.*)

61. Mayoría exigible para instalar un ascensor en una comunidad de propietarios donde residen once minusválidos.—A juicio de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la remisión que hace el artículo 9 c) de la Ley de Propiedad Horizontal al sistema de mayorías del artículo 17.1, cuando se trata de creación de una servidumbre de acceso a un ascensor de nueva creación en un edificio en el que se ha acreditado que habitan personas minusválidas, ha de entenderse hecha al párrafo 3.º del citado apartado, relativo al establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía. **(STS de 18 de diciembre de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—*R.* y *A.*, propietarios de un bar en la planta baja de una comunidad de propietarios, interponen demanda contra ésta impugnando la nulidad de los acuerdos de la junta en las que se establecía la constitución de una servidumbre en el local de *R.* y *A.* y la obligación de todas las fincas de contribuir a los gastos de ins-

talación, reparación, mantenimiento y conservación de un ascensor. La comunidad de propietarios formula demanda reconventional, pidiendo se declaren conforme a derecho los acuerdos impugnados y se obligue a la demandante a pagar las cantidades estipuladas.

El Juzgado de Primera Instancia estima en su integridad la demanda interpuesta por la comunidad de propietarios. Los demandantes recurren y la Audiencia Provincial estima parcialmente ambas demandas, de modo que considera conforme a derecho la constitución de la servidumbre y la instalación del ascensor, así como la obligación de todos los propietarios de contribuir a los gastos de instalación; sin embargo, exonera a los propietarios de los locales de la planta baja de contribuir a los gastos de mantenimiento, reparación y conservación de dicho ascensor. *R. y A.* interponen recurso de casación alegando una incorrecta aplicación del artículo 17.1.3.º LPH, en relación al artículo 9 c). El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*P. M. G.-F.*)

62. Propiedad horizontal. Alteraciones en los elementos comunes.—

Las obras realizadas en las terrazas de los áticos del edificio, que por su naturaleza constituyen elementos comunes, requieren para su validez el acuerdo unánime de los propietarios manifestado en Junta (arts. 5, 7.1, 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Consentimiento tácito de la Comunidad.—Cuando las obras efectuadas por los propietarios sobre elementos comunes, pero de su uso exclusivo, son advertidas y toleradas por la Comunidad, se entiende que existe un consentimiento tácito, pues de su comportamiento resulta implícita su aquiescencia a esa determinada situación, como precisan las SSTS de 26 de mayo de 1986, 12 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1998.

Ejercicio tardío de derechos.—Cuando las obras realizadas por los propietarios afectan a elementos comunes, de su uso exclusivo, y la existencia de dichas obras es notoria y no se efectúa impugnación ninguna durante un largo período de tiempo, la impugnación posterior se considera como una actuación que no se ajusta a un ejercicio leal, en defensa de los intereses comunitarios. (**STS de 5 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por la Comunidad de Propietarios contra los propietarios de determinados elementos privativos, se solicita la declaración de ilicitud y demolición de determinadas obras de cerramiento realizadas en las terrazas de los áticos, de uso exclusivo de los demandados, sin el consentimiento de la Comunidad de Propietarios, pero sin afectar a la seguridad del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que el silencio de la Comunidad de Propietarios, concedora de las obras, debe ser entendido en el sentido de que se trata de un consentimiento tácito.

La Audiencia confirmó esta sentencia y señaló que el ejercicio tardío del derecho supuso una renuncia al mismo, teniendo en cuenta que las obras se realizaron entre siete y trece años antes de la presentación de la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando las sentencias de la Audiencia Provincial y de primera instancia. (M. R. D. R.)

63. Propiedad horizontal. Apertura de huecos mediante rompimiento de la fachada o muro común para instalación de aparatos de aire acondicionado. Acción de la comunidad de propietarios para restablecer los patios a su situación original.—No significa que el propietario pueda en elementos comunes del inmueble, como son las fachadas de los patios interiores, realizar obras que afecten a estos elementos o que perjudiquen o molesten a otros propietarios, en los que la prohibición es manifiesta (SSTS de 26 de noviembre de 1990 y 24 de febrero de 1996), como sucede en el caso objeto de recurso en el que la Comunidad de Propietarios actúa frente a tres comuneros para que se restituya el patio interior a su estado original puesto que las obras ejecutadas en el muro que separa los locales de su propiedad de los patios interiores del edificio afectan a este elemento común y han sido realizadas sin su preceptiva autorización, contraviniendo los artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, en la interpretación dada por reiterada jurisprudencia de esta Sala, por cuanto se han abierto huecos de las dimensiones dichas mediante el rompimiento de la fachada o muro común, con la consiguiente alteración del mismo, y cambio del uso no previsto inicialmente, para cuya verificación debieron haber cumplido los requisitos legalmente establecidos. (STS de 15 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a diversos propietarios de viviendas y locales que habían realizado obras en la fachada común para la instalación de aparatos de aire acondicionado para que se restablecieran los patios interiores del edificio a su situación original con retirada de los resultados de las obras realizadas. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, decisión que confirmó la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación con la estimación íntegra de la demanda. (L. F. R. S.)

64. La notificación de los acuerdos comunitarios al copropietario ausente.—Los artículos 18 y 9 LPH prevén, respectivamente, la acción para impugnar los acuerdos adoptados en las Juntas y el sistema de notificación de tales acuerdos a los distintos copropietarios. De ambos preceptos cabe extraer la siguiente regla general: el plazo de que dispone el comunero ausente a la Junta para impugnar los acuerdos allí tomados comenzará a contarse desde que aquéllos le son notificados (STS de 2 de marzo de 1992). Es a partir de ese momento de la notificación cuando se inicia el cómputo del plazo de treinta días (STS de 11 de mayo de 1998).

Ahora bien, el acuerdo ha de ser notificado de manera fehaciente y detallada. «Fehaciente» equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone la puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada

a su destino, aunque no sea de forma directa al interesado. Éste debe tener conocimiento de modo normal o, al menos, estar en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen. Se excluye, así, que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario (STS de 19 de diciembre de 1997). Por tanto, para el inicio del plazo indicado es necesario que se pruebe el conocimiento detallado del acuerdo y no su mera existencia, pues solamente el primero garantiza el ejercicio de la acción en condiciones de efectividad del derecho a la tutela judicial.

Por otro lado, si bien la exigencia de la notificación, según la literalidad de los preceptos señalados, hace referencia a los condueños que no hayan asistido a la Junta, es evidente que cuando se haya ausentado antes de su terminación, ha de constar acreditado que aquél conocimiento lo tuvo con anterioridad al momento de su ausencia, por haberse llegado a la aprobación del acuerdo, pues sobre este conocimiento completo o perfecto opera la exclusión de la exigencia de la notificación posterior fehaciente (STS de 21 de mayo de 1976).

Con todas estas medidas se trata de asegurar dos objetivos: 1) que los propietarios que, debidamente citados, no hubieran podido asistir a la Junta, tengan conocimiento completo y detallado de los acuerdos adoptados; 2) impedir que aquellos acuerdos en que se requiere, para su aprobación, la unanimidad por afectar al título constitutivo o a los estatutos, sean aprobados a pesar de la ausencia de algunos condueños, sin que les hayan sido notificados de manera fehaciente, imposibilitando de esta manera su derecho de oposición (SSTS de 18 de abril de 2007 y 7 de abril de 1997). **(STS de 22 de diciembre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En Junta de propietarios celebrada el 31 de octubre de 2000 se autorizó la realización de obras por uno de los copropietarios en el patio interior. El actor, propietario de una de las fincas, que había abandonado la reunión antes del acuerdo, pidió copia del acta por correo certificado con acuse de recibo y posteriormente mediante demanda de conciliación, la cual se celebró el 11 de septiembre de 2001, a consecuencia de la cual le fue entregada la copia del acta, y no está acreditado que se le notificase el acuerdo con anterioridad. Mediante carta de su abogado de 14 de noviembre de 2000, había manifestado su oposición a la realización de las obras, haciendo referencia al contenido del acuerdo adoptado. El 10 de diciembre de 2001 el actor interpuso demanda impugnando éste.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del acuerdo por considerar que no se había probado la notificación del mismo al actor, que desconocía el contenido del acuerdo, hasta la entrega del acta en el acto de conciliación. Hasta ese momento, por tanto, no debía comenzar a computarse el plazo de caducidad. Añadía que se había infringido la regla de la unanimidad para autorizar una obra en elemento común, dado que el actor no había votado a favor y había mostrado su disconformidad en el plazo previsto en la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que se había infringido el artículo 18.

La Audiencia Provincial revocó esa sentencia y apreció la caducidad de la acción, pues entendió que el actor tuvo noticia de que se

había acordado autorizar la obra a través de la información facilitada por vecinos, como revela la carta de su abogado de 14 de noviembre de 2000.

Contra esta sentencia, el actor interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo termina estimando el recurso, al señalar que la notificación del acuerdo no se había producido adecuadamente. A juicio del Alto Tribunal, no es suficiente con el mero conocimiento de la existencia del acuerdo, sino que es necesario un conocimiento íntegro y detallado del mismo, algo que no ocurrió hasta el momento de la entrega del acta en el momento de la conciliación. Sólo a partir de entonces comienza a computar el plazo para ejercitar la acción de impugnación, por lo que no ha caducado (*S. L. M.*)

65. Propiedad horizontal. El propietario que no asistió a la Junta de propietarios puede impugnar el acuerdo de privatización de un ascensor de modo que sólo se permitiera su utilización por los propietarios de las viviendas.—No puede darse al requisito establecido en el artículo 17 LPH un efecto restrictivo de los derechos del copropietario más extenso que el que la ley establece, pues ello comportaría privar de legitimación para recurrir el acuerdo y, consiguientemente, del derecho a la tutela judicial efectiva por una causa no prevista en la ley, ya que en ella únicamente se contempla la falta de disconformidad del propietario ausente para la formación de mayorías cualificadas y, en consecuencia, esta falta no puede impedir la impugnación del acuerdo por causas distintas de la inexistencia de la mayoría cualificada exigida por la ley que dependa de la disconformidad del impugnante.

Doctrina jurisprudencial: el propietario ausente, a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días, puede impugnar dicho acuerdo.—Procede, en consecuencia, fijar como doctrina jurisprudencial que el copropietario ausente de la Junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días establecido en el artículo 17.1 LPH, redactado por la Ley 8/1999, de 6 abril, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la Ley de Propiedad Horizontal fundándose en la ausencia de su voto. (**STS de 16 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El propietario de un piso destinado a oficinas demandó a la Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal solicitando la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios consistente en la privatización de un ascensor de modo que sólo se permitiera su utilización por los propietarios de las viviendas. La demandada esgrimió que, al no haber manifestado su oposición al acuerdo después de habersele comunicado su adopción, el propietario carecía de acción para impugnarlo. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación en interés casacional acordando la estimación íntegra de la demanda. (*L. F. R. S.*)

66. Doctrina jurisprudencial: existe complejo inmobiliario privado cuando existen servicios comunes, aunque no se trate de una copropiedad en sentido propio, lo que permite aplicar con carácter supletorio el procedimiento monitorio para el pago de las deudas pendientes de contribución a los gastos comunes.—El artículo 24.1 LPH da respuesta a esta cuestión cuando establece, para la aplicación del régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 CC a los complejos inmobiliarios privados, el requisito, entre otros, de «[p]articipar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios». Se infiere de la expresión legal que basta para la calificación como complejo inmobiliario la existencia de un régimen de copropiedad o de titularidad compartida sobre instalaciones o servicios inherentes al derecho de propiedad privativo sobre los respectivos inmuebles que conforman el complejo, aunque no se trate de una copropiedad en sentido propio. En la Carta de Roma (V Congreso Internacional de Derecho Registral de 1982) se caracteriza a los complejos inmobiliarios «por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes». Según la doctrina científica, la característica de los conjuntos inmobiliarios a que se refiere la Ley de Propiedad Horizontal es, pues, la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios.

Aunque haya habido recepción por parte del Ayuntamiento de los terrenos de uso común, sigue rigiendo el régimen de los complejos inmobiliarios privados cuando la recepción no comporta la asunción de importantes servicios comunes que siguen prestándose.—No obsta a la conclusión obtenida, según la interpretación que acaba de formularse, la doctrina sobre mantenimiento del régimen de propiedad horizontal sobre las urbanizaciones, en tanto éstas no hayan sido recibidas por el Ayuntamiento. En efecto, en el caso examinado la receptación por parte del Ayuntamiento de los terrenos de uso común correspondientes a los inmuebles propiedad de los demandados no comportaba la asunción de la titularidad de importantes servicios comunes que continuaban en régimen de titularidad compartida. (STS de 27 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La asociación de propietarios de una urbanización reclamó la contribución a los gastos comunes a los propietarios de una parcela que se habían dado de baja en la asociación puesto que, a pesar de que se había producido la recepción de los terrenos de uso común por parte del Ayuntamiento, continuaban prestándose importantes servicios comunes a los propietarios de parcelas. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda por entender que no era aplicable el régimen de los complejos inmobiliarios privados al no existir elementos comunes inmobiliarios. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al

recurso de casación y fijó como doctrina jurisprudencial que cabe aplicar con carácter supletorio el procedimiento monitorio previsto en el artículo 21 LPH para el pago de las deudas pendientes de contribución a los gastos comunes. (*M. C. B.*)

67. Originalidad: bases de datos. Protección como obra: requisitos.–

Las bases de datos, así como el sistema informático, son conceptos un tanto especiales respecto a las demás obras objeto de la propiedad intelectual. Se trata de obra cuyo contenido puede ser amplísimo, que agrupa, coordina y ordena un conjunto de elementos, independientes del sistema, cuya autoría pertenece a sus respectivos creadores. Por tanto, la protección como propiedad intelectual se extiende a los elementos necesarios para el funcionamiento o la consulta; tales elementos son los esenciales para la disposición de forma sistemática y metódica de los datos, siendo esto, precisamente, lo que constituye la creación original, esto es, los caracteres de originalidad y creatividad.

Contrato de obra: cesión de derechos de explotación; laguna legal: aplicación analógica del artículo 51 LPI (contrato de trabajo).–La Ley de Propiedad Intelectual no contempla el caso del contrato de obra. Se debe entender que esta laguna del derecho debe ser suplida por la analogía y, tal como se mantiene en los recursos y se expone por la doctrina, el artículo 51 se aplica cuando la obra determina la transmisión de los resultados, concurrendo dos presupuestos: creación no espontánea del cedente, contratista, sino a instancia del cesionario, dueño de la obra (así lo llama el código y la doctrina civil) y la enajenación del resultado del trabajo. Todo ello concurre en el presente caso, en que se encargó a los demandantes una determinada obra para la actividad propia del periódico, se ejecutó la obra y se percibió un elevado precio y el resultado, en cuanto al derecho patrimonial, queda transmitido el dueño de la obra, SVP, S.A. En el momento en que ésta decidió, por mor del transcurso inevitable del tiempo y del avance de la técnica que es imparable especialmente en este campo, actualizar y sustituir en lo que fuera preciso, el sistema y la base de datos, tenía derecho a hacerlo y los autores carecían de un derecho permanente a mantener sus derechos morales y patrimoniales.

Plagio: inexistencia. Concepto jurídico: requisitos.–«Plagio» es un concepto jurídico. Se centra en la copia sustancial, como actividad mecanizada y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y no constituye plagio cuando son dos obras distintas y diferenciables, aunque tengan puntos comunes e innegables coincidencias, que se refieran, no a coincidencias estructurales básicas y fundamentales, sino «accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentes». Este es justo el caso de la modernización, actualización y puesta al día del sistema y de la base de datos que el tiempo y la técnica habían dejado obsoletas. (**STS de 18 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–SVP, S.A. (demandada en instancia y recurrente en casación), editora de un periódico diario, e INFODOC, S.A. (code mandante en instancia) concluyen contrato en virtud del cual INFODOC implantó en dicho periódico diario, comenzando en 1988 y acabando en 1991, un sistema informático documental consisten-

te en unas bases de datos de fotografías y de prensa del archivo del mismo, sistema cuya autora era doña María Rosa (codemandante en la instancia). En 1994, aquella sociedad editora pretende la actualización del sistema informático y lo ofrece a varias empresas, INFODOC, entre ellas, que participa y hace oferta. SVP, S.A. rechaza el proyecto de ésta y contrata la actualización (o sustitución) del sistema con DESIPRESS, S.L. (codemandada en instancia y también recurrente en casación). Las citadas codemandantes ejercitan acción de protección de su derecho de propiedad intelectual, pidiendo la declaración de su autora, doña María Rosa, lo que nadie cuestiona, y su derecho de explotación, lo que sí se discute; la declaración de autora de INFODOC, S.A. de los datos creados e implantados; la declaración de que el sistema de actualización implantado por DESIPRESS, S.L. es un plagio del sistema previo; las condenas a no alterar ni utilizar éste, a participar en la explotación y a una indemnización por daños morales y patrimoniales.

El Juzgado de Primera Instancia reconoce el derecho de autor de doña María Rosa sobre el sistema informático denominado IRS; niega la existencia de plagio; reconoce el derecho de autor de INFODOC sobre los datos creados e implantados; niega la pretensión de destrucción de datos y la indemnización. La Audiencia Provincial revoca la sentencia anterior en lo concerniente al plagio y reconoce también un acto de competencia desleal. El Tribunal Supremo, en casación, confirma la sentencia de primera instancia. (S. M. S.)

68. Comunicación pública de obras protegidas por la Propiedad Intelectual en las habitaciones de hotel.—De nuevo, la cuestión jurídica que se plantea aquí es la relativa a si la señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles es o no un acto de comunicación pública de los previstos en el artículo 20 LPI, y si, por tanto, es necesario el consentimiento del titular de tal derecho. Este tema fue resuelto por la STS de 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se basó en la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 LPI conforme al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el TJCE en S de 7 de diciembre de 2006 (en el mismo sentido, las SSTS de 15 de enero de 2008 y 10 de julio de 2008).

Con anterioridad a la sentencia de 2007, no existía una armonización en la resolución de este tipo de conflictos, proponiéndose soluciones muy diversas. Tal 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 comunicación pública, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, 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 (la habitación de un hotel). Sin embargo, como consecuencia de la citada sentencia del TJCE, se ha producido un cambio jurisprudencial, plasmado en esa STS de 16 de abril de 2007, señalándose el criterio contrario al establecido hasta ese momento, esto es, que existe comunicación pública en estos casos.

Los términos en que se expresa el TJCE son claros: 1) interpretación estricta del concepto de «comunicación pública»; 2) el término «público» se refiere 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 exista comunicación pública 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 el hotel está prestando un servicio suplementario 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 irrelevante 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 conclusión, en estos supuestos de televisiones ubicadas 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. Así, los titulares de este tipo de establecimientos deberán solicitar a las entidades de gestión la correspondiente autorización para llevar a cabo tales actos. **(STS de 21 de noviembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La entidad demandada es titular de un establecimiento hotelero, donde se vienen comunicando obras audiovisuales en sus habitaciones, sin la pertinente autorización de las entidades de gestión actoras. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando que la recepción por el hotel de la señal de radiodifusión y el traslado de la misma hasta los aparatos de televisión de las habitaciones suponía un acto de comunicación pública que requería de la autorización previa de las entidades de gestión. Sin embargo, la Audiencia Provincial llegó a la conclusión contraria, motivo por el cual las demandantes plantean recurso de casación. Finalmente, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, interpretando el caso de la misma forma que el Juez de Primera Instancia. *(S. L. M.)*

69. Propiedad intelectual: comunicación pública en habitaciones de hotel; existencia. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—A consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, asunto prejudicial C-306/05, en esta materia, ha habido un giro jurisprudencial de esta Sala que se ha visto materializado en la Sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007 (Recurso 2454/1999), estableciéndose el criterio contrario al adoptado por la anterior Sentencia de Pleno, de 10 de mayo de 2003. En la cuestión prejudicial C-306/05 se planteó la siguiente cuestión: «si la captación por el titular de una explotación hotelera de señales de televisión de entidades de radiodifusión y su posterior distribución a los habitantes de un hotel constituye un acto de comunicación pública sobre el que se extiende la pretendida armonización de las normativas nacionales de protección de los derechos de autor prevista en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Reglamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001», cuestión claramente coincidente con la del supuesto que nos ocupa. La referida S de 16 de abril de 2007 se ha pronunciado al respecto de la unificación de la doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta la respuesta dada por el TJCE. Según el Tribunal Supremo, hay

retransmisión en la actividad del hotel porque decepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad –potencialidad– de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI.

Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el artículo 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI.

La sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007 ha fundamentado posteriores sentencias de esta Sala dictadas en supuestos de hecho similares y a las que se ha dado una respuesta uniforme y acorde a la general consideración de que la captación y emisión de señales televisivas a través de los aparatos receptores de televisión instalados en el interior de las habitaciones hoteleras constituye un acto de comunicación pública a los efectos del artículo 20.1 lo cual fundamenta la condena al pago de una indemnización por explotación de los derechos gestionados por las entidades demandantes. Así, las SSTS de Pleno de 19 de diciembre de 2007, y SSTS de 28 de junio de 2007, 6 de julio de 2007, 17 de julio de 2007, 10 de julio de 2008. (**STS de 14 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–AISGE, EGEDA y AIE demandan al hotel HA, S.L. porque éste último venía realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales, al retransmitir por cable a las diferentes habitaciones del establecimiento hotelero explotado por la demandada señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas –todo ello sin autorización de la actora y sin haber abonado el preceptivo canon–. Los demandantes solicitan la suspensión de dichas actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no fuese autorizado por la actora, y el pago de una indemnización conforme a las tarifas generales de las mismas y conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados/televisores disponibles en zonas comunes, durante el período durante el cual se había llevado a cabo la actividad ilícita.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (S. M. S.)

70. Propiedad intelectual: entidades de gestión. Trato desigual impuesto por las sociedades de gestión entre los contratos celebrados con productores individuales y los celebrados con las organizaciones representativas del sector, al amparo de los artículos 157. a y c LPI. Discriminación no justificada.–Para que pueda entenderse justificado, desde la pers-

pectiva del principio de igualdad, este trato desigual, no basta con poner de manifiesto que se trata de situaciones formalmente distintas y encuadradas en preceptos legales diferentes, sino que es menester, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, demostrar que la distinción de situaciones tiene una base material o, cuando menos, que la ley ha creado una categoría de situaciones o sujetos apta para ser objeto de un tratamiento específico. SGAE únicamente parece afirmar que el trato más favorable a las asociaciones representativas del sector responde a su carácter colectivo y tiene como objeto facilitar la gestión de los contratos. Resulta evidente que esta justificación es insuficiente, no solamente porque no puede justificar una diferencia tan desproporcionada de trato económico, sino también porque admitir lo contrario supondría la imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable.

Nulidad de las cláusulas contractuales: contrato de adhesión; situación monopolística: límites impuestos por ley al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.256 CC).—El establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga con carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de razonabilidad contenido en el artículo 157 a) LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 CC.

Nulidad parcial del contrato: *utile per inutile non vitiatur*.—Las cláusulas anuladas por exceso en la remuneración fijada no constituyen obstáculo para la efectividad del contrato, ya que resulta posible acordar su nulidad únicamente en cuanto al exceso y su reducción en lo necesario para hacer efectivo el principio de igualdad por comparación, en este caso, con las que se contienen en el contrato celebrado con AFYVE. (STS de 22 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—SGAE concluye con Vale Music Spain, S.L. contrato de cesión de uso no exclusivo de las obras gestionadas por la primera, que revela que, en conjunto, la contraprestación que por este mismo servicio exigía SGAE a los productores miembros de AFYVE era un 37% más reducida que la remuneración que exige en este caso a Vale Music Spain, S.L. SGAE interpone demanda contra Vale Music Spain S.L. por incumplimiento del contrato, al no haber satisfecho en sus términos la contraprestación o remuneración por la utilización y explotación del repertorio de obras musicales de SGAE. La demandada reconvino interesando la nulidad de las cláusulas contractuales que producen un trato desigual respecto del contrato celebrado con AFYVE en virtud de la autorización que concede el artículo 157 LPI para celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios representativos del sector, el cual contiene una rebaja del precio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial revoca la sentencia inicial, estima sólo parcialmente la demanda y estima la reconvencción. (S. M. S.)

71. Servidumbres aparentes: concepto.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia que el artículo 532 CC define a este tipo de servidumbres como «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas».

Servidumbre aparente: significado de la expresión «signos exteriores».—Nuestro Alto Tribunal considera que existirán «signos exteriores» cuando éstos pongan de manifiesto de forma inequívoca y permanentemente la existencia del gravamen (en términos similares se pronuncian las SSTS de 18 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1993 y 17 de octubre de 2006). En estos casos, la apariencia indubitada produce una publicidad semejante a la publicidad en el Registro de la Propiedad.

Saneamiento por gravámenes ocultos: no procede en los casos de servidumbres aparentes.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene que es responsabilidad del comprador comprobar el estado de la finca que adquiere y, por tanto, si en ésta existen signos inequívocos de la existencia de una servidumbre aparente, el comprador debe entender que el dominio que adquiere está limitado por un gravamen explícito, no pudiendo ejercitar la acción prevista en el artículo 1483 CC. (**STS de 22 de diciembre de 2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La empresa IV, S. A., adquirió en subasta pública una finca perteneciente a la Diputación Provincial de Sevilla, conforme a un pliego de condiciones en el que la citada finca constaba como libre de cargas. Adjudicada la finca, la entidad adquirente solicitó el otorgamiento de escritura pública y que se eliminaran los tendidos eléctricos existentes en la finca, pues estaba situada en una zona de suelo urbanizable programado.

A juicio de la entidad compradora, la existencia de esos tendidos eléctricos, que no estaban descritos en el pliego de condiciones de la venta, equivale a un incumplimiento contractual por parte de la vendedora, pues no entregó la finca en las condiciones descritas en el mencionado pliego de condiciones. Por esta razón, la compradora (la empresa IV, S. A.) interpone una demanda contra el vendedor (la Diputación Provincial de Sevilla), solicitando se dicte sentencia que declare, entre otras cuestiones, las siguientes: a) que la entidad demandante adquirió de la Diputación Provincial de Sevilla la finca registral que se describe en la demanda, libre de todo tipo de cargas y gravámenes; b) que, sin embargo, la finca adquirida estaba gravada con dos tendidos eléctricos que cruzan la finca en diferentes direcciones y que constituyen una carga de la finca que no estaba especificada en el pliego de condiciones de venta; c) que la demandada está obligada a realizar todos los actos que sean necesarios para la eliminación de dichos tendidos eléctricos o, en su defecto, para su sustitución por conducciones subterráneas que no afecten a la finca transmitida, ni a su futuro uso y edificación; y d) que la Diputación Provincial de Sevilla está obligada a indemnizar al demandante todos los daños y perjuicios que la existencia de las citadas cargas que gravan la finca vendida le ocasionen.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por

la parte demandante y estima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia de primera instancia. (M. J. P. G.)

72. Distribución de la responsabilidad hipotecaria. Existencia de adquisiciones por parte de terceros.—Si al tiempo de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas viviendas hay constancia registral de la adquisición de una o más de éstas por terceros, entendiéndose por tales a personas distintas del acreedor y el deudor hipotecarios, el artículo 123 LH debe ser interpretado, como propone la doctrina científica unánimemente, poniéndolo en relación con el principio general del párrafo segundo del artículo 20 de la misma ley, que ordena a los Registradores denegar la inscripción o anotación de títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, de suerte que esos terceros tendrán que concurrir al otorgamiento de la escritura de distribución para prestar su conformidad.

Si no existe constancia registral, entonces, la relación de los artículos 123, 20, 34, 38 y 39 LH con la prohibición de renuncia de derechos en perjuicio de tercero según el artículo 6.2 CC, con el régimen de la hipoteca resultante de los artículos 1876 y 1879 del mismo Código y con el régimen de éste para las obligaciones solidarias, comportará la nulidad de la distribución si deudor y acreedor hipotecarios, concededores ambos de esa realidad extraregistral, hubieran actuado a sus espaldas faltando a la buena fe y causando con ello un perjuicio a esos terceros adquirentes o terceros poseedores.

Si el artículo 221 RH permite exigir la cancelación de la hipoteca sobre la parte correspondiente de la finca al tercer poseedor que lo sea posterior a la distribución, parece indiscutible que si antes de la distribución existen terceros poseedores, éstos habrán de prestar su conformidad a la distribución.

La RDGRN de 12 de julio de 1945, al tratar del artículo 123 LH como una atenuación del principio de indivisibilidad de la hipoteca, consideró como facultad del acreedor la de «limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división», de suerte que su voluntad no debía encontrar obstáculos y sí producir naturales efectos y consecuencias, pero no sin puntualizar que «sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor, al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un solo trozo de la finca, sobre la que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación». Las RRDGRN de 17 de marzo de 1969, 2 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 15 de junio de 1993 y 16 de marzo de 1999, responden al principio general de que no se puede disponer de derechos ajenos, razón por la cual para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas precedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 LH, puede concentrarse el gravamen de forma arbitraria, e

incluso desproporcionada, sobre alguna finca con evidente perjuicio de su titular.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en S de 11 de enero de 1963, consideró jurídicamente absurdo que sobre un piso de los varios vendidos de un edificio pudiera recaer la carga hipotecaria total, quedando liberados los demás.

Artículo 34 LH. Determinación de la buena fe del tercero.—Para esta determinación, habrá de tenerse en cuenta, además de los datos de puro hecho, la jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo, recopilada en la sentencia del pleno de sus magistrados de 7 de septiembre de 2007 (recurso 3150/00) según la cual se desvirtúa la presunción de buena fe no sólo cuando el tercero desconoce (*sic*) las ventas con efectos traslativos que no consten en el Registro, sino también «cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia de la negligencia del ignorante, cual sucede, por ejemplo, cuando una entidad financiera, después de un estudio sobre las ventajas de su inversión inmobiliaria, adquiere en escritura pública, que inscribe, varias viviendas vendidas anteriormente por el mismo vendedor, en documento privado, a diferentes personas que ocupaban las fincas como dueñas después de haberlo hecho como arrendatarias» (caso de la sentencia de 11 de octubre de 2006).

Declaración de nulidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria y cancelación parcial de la hipoteca. Consecuencias en situaciones normales y en situaciones excepcionales.—La consecuencia de dicha declaración de nulidad será que la hipoteca se mantenga sobre todo el edificio. El resultado final no será, sin embargo que el acreedor hipotecario pueda repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas, como para una hipótesis de normalidad dispone el propio artículo 123 LH, sino que sea dicho acreedor hipotecario el que, como colaborador con el deudor hipotecario en la operación irregular, deba afrontar las consecuencias de sus actos, en especial de la nulidad por él provocada, procurando evitar a los adquirentes de las viviendas mayores perjuicios de los ya causados y sin que desde luego deba excluirse la reparación de estos últimos.

Ejecución hipotecaria fundada en una distribución de responsabilidad hipotecaria nula.—Dicha ejecución hipotecaria es igualmente nula.

Deber de información en las compraventas de vivienda: sujeto obligado.—Las normas sobre defensa de consumidores y usuarios imponen deberes de información al promotor, pero no a la Caja de Ahorros que financia la promoción, ya que ésta no interviene como promotora ni como vendedora.

En efecto, el ámbito objetivo de aplicación del RD 515/1989 es el de la «oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores»; el artículo 4 de la citada norma, regulador del deber de información a cargo de quienes realicen las actividades sujetas al RD, se refiere exclusivamente al «vendedor o arrendador»; y su artículo 9 vuelve a imponer al vendedor, y no a nadie más, la obligación de entregar al adquirente de la vivienda copia de la documentación del contrato celebrado.

Mercado hipotecario. Reglas de tasación de los inmuebles.—Dichas reglas, contenidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y en el RD 687/1982, están dirigidas al buen orden del mercado hipotecario, cuyo objeto es, según el artículo del citado RD «la negociación de los títulos emitidos por las Entidades a que se refiere el

artículo siguiente con la cobertura de los créditos hipotecarios concedidos por las mismas». (STS de 25 de noviembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En 1989 uno de los demandados en el presente litigio promovió la construcción de una urbanización. Mientras se iba construyendo la urbanización fue vendiendo viviendas y a cambio los compradores iban entregando cantidades a cuenta del precio. El demandante compró mediante documento privado el 20 de junio de 1989.

El 11 de diciembre de 1990 se inscribió una hipoteca sobre la totalidad de la finca a favor de la codemandada Caja C. La obra finalizó en agosto de 1991, que fue cuando se entregaron las llaves a varios compradores, entre ellos el demandante.

El promotor hizo la declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal el 22 de noviembre de 1991, según escritura de la misma fecha.

El Presidente de la Comunidad de Propietarios formuló demanda de conciliación el 17 de febrero de 1992 interesando al vendedor la cancelación de la hipoteca.

El 28 de septiembre de 1992 el promotor y la Caja C suscribieron una escritura de distribución de la hipoteca y cancelación parcial de la misma, liberando de responsabilidad hipotecaria a 8 de las 24 viviendas, sin contraprestación alguna, y distribuyendo la carga hipotecaria entre las otras 16. Entre estas últimas, se encontraba la vivienda del demandante que, en ese momento, y a pesar de ser ya propietario, todavía no había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad. En esta misma situación parece que se encontraban los propietarios de las otras 15 viviendas.

En relación con dicha escritura de distribución, el Alto Tribunal toma en cuenta determinados hechos para la estimación del recurso, que por ello pasamos a relatar brevemente.

En primer lugar, la distribución de la responsabilidad se realizó sin criterio racional alguno y sin contraprestación.

En segundo lugar, aunque a la Caja de Ahorros se le entregó primera copia de la escritura de distribución de responsabilidad hipotecaria el 5 de octubre de 1992, dicha copia no se presentó en el Registro de la Propiedad hasta el 24 de mayo de 1993.

En tercer lugar, en el momento de la distribución de la responsabilidad a la Caja C le constaba que las obras del edificio habían finalizado el 26 de julio de 1991.

En cuarto y último lugar, cuatro días antes de la citada distribución de responsabilidad hipotecaria, la Caja C. había concedido un nuevo préstamo al promotor con garantía hipotecaria sobre el chalé en el que vivía el prestatario.

En fecha no especificada en la sentencia analizada, pero en cualquier caso posterior a la distribución de responsabilidad hipotecaria, la Caja C inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria contra el comprador demandante en este litigio que, por otro lado, había pagado el precio pactado con el promotor vendedor casi en su totalidad. El actor presentó tercera de dominio y en S de 6 de febrero de 1995 y auto aclaratorio de 21 de febrero de 1995, se le reconoce

como propietario de la vivienda, precisamente por haber entrado en posesión de la misma en agosto de 1991.

El comprador demandante reclama la nulidad de la escritura de constitución de hipoteca; la nulidad de la escritura de distribución de la responsabilidad hipotecaria; y la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria promovido por la Caja C frente al comprador demandante.

El Juzgado de Primera Instancia había estimado totalmente la demanda; en cambio, la sentencia de apelación rechazó las declaraciones de nulidad solicitadas.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación en parte, declarando la nulidad de la escritura de distribución de la responsabilidad hipotecaria y la del procedimiento de ejecución hipotecaria.

NOTA.—El presente recurso es, tal y como pone de manifiesto el propio Tribunal Supremo, muy similar al del recurso núm. 33533/01 que, sin embargo, fue desestimado. Parece que la razón de la diferente suerte de ambos recursos estriba en una cuestión formal: en concreto, indica el Alto Tribunal que en el últimamente citado no se articulaba motivo alguno por infracción de normas específicamente relativas a la distribución de la responsabilidad hipotecaria. (*B. F. G.*)

73. Retracto legal: interpretación y alcance de las excepciones a la protección del tercero hipotecario del artículo 37 LH.—Como destaca la doctrina, el fundamento de la excepción prevista en el artículo 37 LH se encuentra en la publicidad que la ley prevé para los retractos legales, que hace innecesaria su constancia en el Registro de la Propiedad, a lo que se une la fijación de un plazo de breve ejercicio de dichos retractos. El retracto legal da derecho al retrayente a adquirir la cosa retraída en el estado que tenía en el momento de darse aquella compraventa que dio lugar al retracto, por lo que si el adquirente retraído realiza actos de disposición sobre la cosa, tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, éstos serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro se cancelarán las inscripciones (SSTS de 9 de marzo de 1999 y 14 de junio de 2004).

No obstante, la excepcionalidad de los supuestos contemplados en el citado artículo respecto del tercero hipotecario hace necesaria una interpretación restrictiva y rigurosa del mismo, teniendo en cuenta la finalidad y los intereses en conflicto. Es por ello que, cuando el ejercicio de este derecho de retracto legal se realiza de forma extemporánea, éste puede llegar a perder su carácter forzoso y no llegar a imponerse, por lo que, en esos casos, los terceros hipotecarios inscritos no se verán afectados y no perderán la protección que el Registro les otorga. (**STS de 9 de septiembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 9 de marzo de 1983, M.T.J., S.A. suscribe como arrendataria un contrato de arrendamiento de local de negocio con la propietaria doña C. En marzo de 1985, un incendio provoca la destrucción parcial del local y el desalojo de la empresa hasta la reconstrucción. Se realizan varias transmisiones del local. El 24 de febrero de 1992 se constituye una hipoteca a favor del Banco Zaragozano, donde los propietarios en ese momento, los hermanos T., J., L., I. y E.

declaran que la finca está libre de arrendatarios. En marzo del mismo año, se constituye una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble a favor del BBV en idéntico sentido. En junio, un juzgado admite la demanda de retracto presentada en el mes de febrero por la empresa contra los hermanos citados, anotándose preventivamente la demanda en el Registro en el mes de octubre. En enero de 1993, se admite a trámite la demanda de ejecución hipotecaria del BBV por el incumplimiento de las obligaciones garantizadas con la hipoteca. Al solicitar la certificación de cargas, aparece anotado en el Registro el retracto, notificándose en abril de 1994 la existencia del proceso a M.T.J., S.A. El 13 de diciembre de 2005, en segunda subasta se aprueba el remate del inmueble a favor de don C y, cinco días más tarde, M.T.J., S.A. solicita que se le notifique a quién se le ha adjudicado el local a efectos de poder ejercitar el derecho de retracto. En junio de 1998, se aprueba el remate a favor de don C y en junio de 1999, se acordó darle la posesión del inmueble. La empresa M.T.J., S.A. interpone demanda para que se declare su propiedad sobre la finca, se ordene la rectificación del Registro declarando la nulidad y cancelación de las cargas y gravámenes posteriores a la fecha de la venta objeto de retracto y que, igualmente, se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó las pretensiones de la parte actora y absolvió a los demandados. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la actora y declara la nulidad e ineficacia parcial del procedimiento de ejecución hipotecaria, condenando a don C a devolver la posesión del inmueble a la actora. Se interpone recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (S. E. M.)

74. Presunción de buena fe del tercero hipotecario.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, señala en esta sentencia, que la constitución de una hipoteca sobre un bien que ha sido inmatriculado al amparo del artículo 205 LH no es presupuesto suficiente para destruir la buena fe del tercero hipotecario, ni supone falta de diligencia por su parte. Transcurridos los dos años que fija el artículo 207 del citado texto legal para los bienes inmatriculados conforme al artículo 205, el que en ese tiempo adquirió derecho alguno sobre el bien, deviene tercero hipotecario conforme al artículo 34 LH.

Efectos de la acción por doble inmatriculación frente a terceros hipotecarios.—Es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de enero de 1997, 18 de diciembre de 2000, 11 de octubre de 2004 y 12 de diciembre de 2005) que frente a la acción de doble inmatriculación no prevalece el derecho del tercero hipotecario y que la misma se resuelve según la preferencia que se ostente conforme a las normas de derecho civil, alcanzando a éste la eventual cancelación de la inmatriculación indebidamente efectuada. (STS de 13 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad BM adquiere mediante contrato privado de cambio de parcela, con fecha de 20 de diciembre de 1989, una finca perteneciente a la Junta vecinal STO. Posteriormente BM

vende la finca en escritura pública a R. y a J., que constituyen una sociedad «W», a la que aportan la parcela en cuestión. El 21 de septiembre de 1991 «W» inmatricula la finca mediante presentación de título público de adquisición, por lo que la fe pública de la inscripción queda en suspenso por un período de dos años, tal y como establece el artículo 207 LH. Durante ese plazo, «W» constituye hipoteca a favor del banco BSCH.

STO demanda a BM, R., J., W y BSCH, pidiendo se declare la nulidad del contrato privado de cambio celebrado entre STO y BM por haberse celebrado en contravención de una prohibición legal determinante de su nulidad radical y la nulidad de todos los actos posteriores llevados a cabo sobre la finca y de las correspondientes inscripciones registrales. El Juzgado de Primera Instancia acoge las pretensiones de STO, por lo que la entidad BSCH recurre en apelación. La Audiencia Provincial ratifica la sentencia de instancia, considerando que BSCH no ha adquirido la condición de tercero hipotecario al haber constituido hipoteca sobre un bien inmatriculado conforme al artículo 205 LH, lo cual determinaría que no pudiera considerársele como un tercero de buena fe. BSCH recurre en casación y el Alto Tribunal casa a favor de las pretensiones de éste con base en el argumento arriba reseñado. (P. M. G.–F.)

75. La protección del tercero del artículo 34 LH: alcance.—Caracteriza esencialmente al artículo 34 LH el extraordinario poder legitimador que mantiene el título adquisitivo del tercero, revistiéndolo de una cualidad inatacable, con independencia de los vicios de que adoleciera el título por virtud del cual el contenido registral hubiera tenido acceso al Registro. Así, ser «tercero» significa ser un adquirente jurídicamente ajeno a aquellos actos que contradicen la titularidad del transmitente y, en consecuencia, a la formación defectuosa, resoluble o meramente ficticia de su derecho, o a los actos por los que se despoja de una titularidad que antes tenía. El tercero que adquiera del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscriba está protegido y, en consecuencia, no le afecta la posterior declaración de nulidad del contrato del transmitente ni tampoco los actos inscribibles no inscritos. En definitiva, el artículo 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria o cualquier otra acción real y protege al adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo que persiga la anulación o resolución del derecho del transferente. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponderle al *versus dominus* frente al que se arrogó registralmente tal consideración ignorando los vicios que lo invalidaban. Ahora bien, de acuerdo con doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 7 de diciembre de 1987 y 5 de marzo de 2007), la fe pública registral no desempeña función convalidante o sanatoria, es decir, no sana el acto adquisitivo del tercero de aquellos vicios de nulidad de que adoleciera. Lo esencial, en suma, es que el título del tercero sea válido, aunque los datos no publicados determinen la inexistencia, nulidad o anulabilidad del título en virtud del cual inscribió su derecho el transmitente. (STS de 8 de octubre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Según el actor, su hermana se apropió indebidamente de un inmueble tras el fallecimiento de sus padres logrando, primero, inscribirlo a su nombre y reanudar el tracto sucesivo interrumpido y, después, venderlo a una entidad, pese a carecer de derecho de propiedad sobre el mismo. Por ello, interpone las correspondientes acciones declarativas de dominio y de nulidad del contrato de compraventa sobre dicha finca contra su hermana y la entidad compradora. Tanto la hermana como la entidad demandada se oponen a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la resolución apelada. El Tribunal Supremo estima, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, en el sentido de declarar válida su escritura de compraventa, así como la de los asientos registrales que de ella han traído causa. En consecuencia, se mantiene su propiedad sobre la finca adquirida, al prevalecer su condición de tercero hipotecario. (*M. C. C. M.*)

76. Doble venta: tercero hipotecario. Doctrina jurisprudencial.—La S de 5 de marzo de 2007, reitera la de 7 de septiembre del mismo año, ambas del Pleno de esta Sala, haciendo un estudio exhaustivo de la jurisprudencia pronunciada sobre el tema polémico objeto de este recurso de casación, dicen que a partir de la S de 25 de marzo de 1994, el panorama jurisprudencial en materia de doble venta puede describirse del siguiente modo: «de un lado se mantiene invariable, con contadísimas excepciones, la inaplicabilidad del artículo 1.473 CC a la venta de cosa ajena entendida en el sentido considerado hasta ahora, es decir, no como la de una finca que nunca ha sido del vendedor, sino como la de una finca que ha dejado de serlo pero sin constancia de ello en el Registro; y de otro, en materia de protección registral del segundo adquirente coexisten dos líneas opuestas de decisión, una denegatoria, por considerar nulo su acto de adquisición al ser nulo el embargo sobre una finca no perteneciente ya al deudor, y la otra otorgante de la protección registral por no poder perjudicar al segundo adquirente lo que no constaba en el Registro». Para evitar que siga persistiendo esta doble línea de resolución, la citada S de 5 de marzo de 2007 dice que la doctrina que se fija es que el artículo 34 LH «ampara las adquisiciones a *non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o se resuelva por causas que no consten en el Registro. En el caso enjuiciado, los tres adjudicatarios tienen la condición de terceros protegidos por el artículo 34 LH, puesto que el embargo efectuado por la Administración tributaria y el procedimiento posterior se efectuaron teniendo en cuenta que la deudora figuraba en el Registro como titular de la finca. (**STS de 18 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—PLASTENSA, S.A. vendió a LDF, S.A. tres fincas de su propiedad. Y en noviembre de 1991 estas fincas se inscribieron a nombre de PLASTENSA. El 27 de julio de 1994 la AEAT decretó el embargo sobre estas tres fincas; el mandamiento se ins-

cribe en febrero de 1995. El 11 de marzo de 1996 se adjudican las fincas embargadas a don José Ramón, don Carlos Francisco y doña María Virtudes, quienes inscriben su título en 1997. El 8 de agosto de 1996, LDF, S.A. vendió a CH, S.A. las tres fincas objeto del proceso. El 20 de agosto de 1996 LDF, S.A. presentó a inscripción la escritura de compraventa otorgada a su favor por PLASTENSA, en 1991, y en el mes de septiembre, se presentó a inscripción la escritura de compraventa otorgada por LDF, S.A. a favor de CH, S.A. Estas inscripciones fueron canceladas el 26 de marzo de 1997, en virtud de providencia de 10 de febrero de 1997 del Jefe de Dependencia Regional de Recaudación. LDF, S.A. demanda a PLASTENSA, a AEAT, don José Ramón, don Carlos Francisco y doña María Virtudes, pidiendo que se declararan inexistentes o ineficaces las compraventas realizadas a favor de los demandados. Posteriormente, CH, S.A. demanda a PLASTENSA, LDF, S.A., AEAT, don José Ramón, don Carlos Francisco y doña María Virtudes, pidiendo que se declarara la nulidad del embargo y la validez de la compraventa. Ambas demandas se acumularon. El Juzgado de Primera Instancia desestima las peticiones de ambos. Y la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por las demandantes. (S. M. S.)

77. Venta de finca embargada por deudas del titular registral: validez de la venta a pesar de no ser el titular registral el verdadero propietario.—El hecho de que el titular registral no sea propietario de la finca al tiempo de trabarse el embargo, por haberla enajenado antes, no afecta a la validez de la venta realizada en subasta pública, ni a la validez del procedimiento de embargo. La falta de titularidad del transmitente —en tanto sea desconocida (esto es, mediando buena fe)— no afecta a la validez del procedimiento de embargo en ninguno de sus actos.

El adquirente en subasta pública de una finca ajena puede tener la consideración de tercero hipotecario.—Tiene la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH el adquirente de un inmueble que adquiere de buena fe y con título oneroso un inmueble de quien es titular registral e inscribe su título en el Registro de la Propiedad, sin que el hecho de que se haya adquirido el bien en subasta pública sea un obstáculo para ganar la especial protección derivada de la fe pública registral. La fe pública registral salva a favor del tercero hipotecario el defecto de la falta de titularidad del transmitente. (STS de 20 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El comprador de una finca registral, que no había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad, se vio afectado por el embargo del inmueble por deudas del vendedor, titular registral. Como consecuencia del embargo, la finca se vendió en subasta a un tercero, que inscribió su título en el Registro de la Propiedad. El titular extrarregistral interpuso una demanda declarativa de dominio frente a este último. En ambas instancias se estimó la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y dictó sentencia a favor del adquirente demandado.

NOTA.—Aunque en el procedimiento no se cita este argumento, hay que traer a colación que el artículo 594 LEC se refiere expresamente al conflicto de intereses originado por el *embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado*, declarándolo eficaz e impidiendo que el verdadero titular pueda impugnar la enajenación cuando el adjudicatario *los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*, esto es, cuando el adjudicatario estuviera protegido por el artículo 34 LH. El Tribunal Supremo confirma con esta sentencia la doctrina que, corrigiendo la recogida en sentencias anteriores, viene declarando en los últimos años que la falta de titularidad del transmitente queda salvada por la fe pública registral y que no afecta a la validez del procedimiento de embargo en ninguno de sus actos, tampoco en el último de ellos en virtud del cual se adjudica el bien. En esta evolución de la doctrina del Tribunal Supremo (que anteriormente consideraba nulo el embargo, como en este caso fue considerado nulo en ambas instancias) entiendo que pudo influir decisivamente el comentario de Antonio Gordillo Cañas a la STS de 8 de marzo de 1993 (en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1993, núm. 31, pp. 263-274), que se adelantó también con su doctrina a la reforma de la citada LEC. (C. J. D.)

78. Eficacia de la anotación preventiva de demanda.—Como dispone el artículo 198 RH, la anotación preventiva de demanda da publicidad de la pendencia de un proceso que puede afectar a la propiedad del inmueble. Por esta razón, el resultado de dicho proceso queda amparado por la fe pública registral, también frente a los terceros que con posterioridad a la anotación preventiva de la demanda hayan adquirido e inscrito en el Registro algún tipo de derecho sobre el inmueble.

Mala fe registral.—Puede entenderse desvirtuada la buena fe registral que se exige como presupuesto de protección del artículo 34 LH, por el hecho de existir una anotación preventiva de demanda previa a la inscripción del derecho de tercero. La presunción de buena fe del artículo 34 LH es *ius tantum* y admite prueba en contrario. *No se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido, y cuando falta la buena fe no se protege a quien figura como tercero hipotecario.* (STS de 22 de septiembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La empresa titular registral de un inmueble, lo vendió a una entidad financiera, que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, la compraventa quedó afectada por la retroacción de la quiebra de la empresa vendedora, declarándose nula y cancelándose la inscripción en el Registro de la Propiedad.

La entidad financiera primeramente compradora del inmueble solicitó se declarase nula la cancelación de la inscripción de su dominio, practicada por el Registrador de la propiedad en ejecución del auto de declaración de quiebra de la empresa vendedora. Dicha demanda fue anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad.

El inmueble fue ejecutado y adjudicado a una sociedad de responsabilidad limitada, que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. La anotación preventiva de demanda practicada en virtud del procedimiento antes citado fue cancelada.

La demanda origen del pleito fue interpuesta por la entidad financiera primeramente compradora del inmueble, que solicitó se declarase nula la cancelación de la inscripción ordenada como consecuencia de la retroacción de la quiebra y nulas también la cancelación de la anotación preventiva de la demanda anterior y la adjudicación e inscripción de adquisición a favor de la sociedad adjudicataria. En ambas instancias se estimó parcialmente la demanda, declarándose nula tanto la cancelación de la inscripción como la cancelación de la anotación preventiva de la demanda anterior, pero no admitiéndose la impugnación de la adquisición del tercero adjudicatario pues se entendió que merecía protección como tercero hipotecario. Sin embargo, en casación hubo lugar al recurso y a la estimación plena de la demanda. (C. J. D.)

79. La fecha clave que determina la protección del tercero hipotecario es la de su adquisición, momento en que estaba vigente la anotación preventiva de demanda en la que se pretendía la nulidad de actuaciones de un procedimiento del artículo 131 LH.—La fecha clave que determina la protección al tercero hipotecario que proclama el artículo 34 LH como principio de fe pública registral es la de la adquisición: «El tercero que... adquiera...» dice el texto legal y en el caso de autos, cuando los demandados adquirieron el local comercial estaba vigente la anotación preventiva de demanda que podía producir, como efectivamente ocurrió, la nulidad del procedimiento y, por ende, del título del trasmite. Por otra parte, la buena fe en el adquirente, que exige esta norma, es tanto el desconocimiento o ignorancia de la inexactitud del Registro de la Propiedad como la creencia en la exactitud del mismo, lo cual no se da en los demandados, que conocían o debían conocer la pendencia del proceso en el momento de la adquisición y, más tarde, conocieron la existencia de aquella sentencia firme.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es jurisprudencia civil.—Sobre esta última hay que advertir que la jurisprudencia, alegable en casación, es tan solo la emanada del Tribunal Supremo, en su Sala correspondiente a la materia que se aduce y, por tanto, no lo es la doctrina, de alto valor jurídico, que exponen las resoluciones de aquélla y cuyos argumentos podrán ser tenidos en cuenta, pero no son doctrina jurisprudencial: así lo han dicho explícitamente las SS de 22 de abril de 1987, 15 de marzo de 1991, 29 de enero de 1996, 2 de diciembre de 1998. (STS de 27 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad de crédito demandante formuló demanda contra los adquirentes de una finca solicitando que se declarase la nulidad de los negocios de adquisición pues, en la fecha en que se celebraron, estaba vigente una anotación preventiva de demanda en la que se pretendía la nulidad de actuaciones de un procedimiento del artículo 131 LH que en su día culminó con la adquisición de

la finca por la persona que posteriormente vendió a los demandados. Los demandados alegaron la protección que merecían como terceros hipotecarios. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

80. Matrimonio: divorcio: alimentos a los hijos: patria potestad compartida: modificación por cambio del progenitor obligado: fecha de eficacia: no hay jurisprudencia contradictoria ni interés casacional.— Según STS de 5 de octubre de 1993, el artículo 148 CC es aplicable, en principio, a los alimentos establecidos en sentencia de divorcio a favor de los hijos, aunque puede plantear dudas la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como en este caso en que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión serían de aplicación el artículo 106 CC y el artículo 774.4 LEC, por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dictan, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida. Respecto al interés casacional fundado en las sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, la citada por el recurrente dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, no sostiene identidad de supuestos con la que es objeto del recurso, ya que ambas se refieren a pensión fijada en medidas provisionales; por otro lado, en las sentencias alegadas como contradictorias tampoco existe tal criterio dispar, por lo cual no existe jurisprudencia contradictoria porque, según STS de 29 de diciembre de 2005, es preciso que se señalen dos sentencias con una doctrina determinada de un mismo Tribunal —una de las cuales deberá ser la impugnada—, y otras dos sentencias con la doctrina contradictoria, debiendo expresar en el escrito de interposición las resoluciones con el contenido básico que justifica el interés casacional.

Pensión compensatoria: doctrina jurisprudencial.—1.º) Es presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento en relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio —y no una situación de necesidad, por lo que es compatible su percepción en caso de contar con medios económicos para subsistir—, siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver, tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal. 2.º) Que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida en que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno u otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única

condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser. 3.º) Que cualquiera que sea la duración de la pensión, nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada, lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas.

En el presente caso, la Audiencia Provincial otorgó una pensión por desequilibrio con carácter vitalicio, y el mero transcurso del tiempo no constituye una alteración sustancial de las circunstancias anteriores, en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho; también debe descartarse que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando éste tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentra con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación. El nacimiento de un nuevo hijo fruto de una nueva unión del obligado no equivale a una disminución de su fortuna que permita subsumir el supuesto en el artículo 100 CC. Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga, o por el contrario si el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, –situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna–, lo que no se hizo. El motivo carece de interés casacional, circunstancia que debería haber dado lugar a que no superase el trámite de admisión, y ahora es causa de desestimación. (**STS de 3 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—En la instancia se reconoce eficacia civil a una sentencia canónica de nulidad matrimonial, a pesar de que con anterioridad se había dictado entre los cónyuges sentencia firme de divorcio. Pero esa eventual contradicción no se impugna en casación, en la cual se discute, fundamentalmente, la modificación de las medidas provisionales adoptadas en este último. En relación con la pensión compensatoria otorgada con carácter vitalicio a la mujer, el Tribunal Supremo no encuentra motivos para modificarla (pese a no compartir los fundamentos de la Audiencia Provincial), rechazando por su parte que incida en ella el mero transcurso del tiempo, la liquidación de la sociedad de gananciales y la circunstancia de haberle nacido un hijo al progenitor en un nuevo matrimonio. En cuanto a la hija menor del matrimonio, cuya guarda se atribuyó a la madre, ocurre que aquélla se trasladó voluntariamente a vivir con su padre, y en instancia se establece ahora la guarda compartida y se distribuyen los alimentos entre ambos progenitores, que el Tribunal Supremo tampoco modifica ni accede a la petición del padre de que el señalamiento de nueva cuantía produzca efectos desde la demanda. Es

importante la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza –en cada caso, ya sea vitalicia o temporal– de la misma, que parece bastante alejada de la existencia de un supuesto e inexorable deber legal, que recae sobre la mujer divorciada, de trabajar para encontrar postdivorcio su sustento; se recuerda que la *ratio* de la pensión compensatoria es el desequilibrio tal como se produce al pronunciar el divorcio, y la previsibilidad razonable y razonada que en tal momento puede hacer el juez de que tal desequilibrio desaparezca en el futuro. Ello no obsta a que tal medida pueda modificarse ulteriormente por cambio sustancial en la fortuna del deudor. Parece que el Tribunal Supremo no excluye que, según las circunstancias, una pensión inicialmente establecida temporalmente, se convierta en vitalicia.

Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria véase en este fascículo las SSTs de 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008 y sus notas. (G. G. C.)

81. Matrimonio: separación judicial: pensión compensatoria temporal: doctrina jurisprudencial anterior a la reforma de 2005: improcedencia según las circunstancias concurrentes.—A la vista de la STS de 2 de octubre de 2008 cabe concluir, sin el menor atisbo de duda, que al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005, era también posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debe interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. No obstante, de esa misma doctrina se deduce también que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ella no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente aquéllas que permiten valorar la *idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico*, y que, *de modo no exhaustivo, se encuentran recogidas en el artículo 97 CC*, sin que la valoración de las mismas pueda ser revisada en casación; son innumerables los autos del Tribunal Supremo que se expresan en el sentido de que una correcta técnica casacional implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, en cuanto al recurso de casación, por su función nomofiláctica –consistente en depurar las normas legales fijando su correcta interpretación–, a la que se añade en el caso del recurso basado en la existencia del interés casacional, la más predominante de crear jurisprudencia. En el presente caso, ha de tenerse conforme a la referida doctrina jurisprudencial la decisión de fijarla sin límite temporal cuando las circunstancias concurrentes que han sido acreditadas (carecer de trabajo o expectativas próximas y claras de obtenerlo, habiendo mantenido sólo una relación mercantil con la empresa familiar durante la convivencia conyugal) así lo aconsejan. (STS de 21 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia había fijado en dos años la duración de la pensión compensatoria, pero la Audiencia Provincial eliminó el carácter temporal de la misma. El recurso de casación interpuesto por el marido se rechaza con base en la doctrina de las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, que, a su vez, han servido de base para la STS de 2 de octubre de 2008, y 14 de

noviembre de 2008 (esta última publicada en este fascículo). Con razón cabe afirmar que, con anterioridad a la reforma de 2005, el carácter temporal de la pensión compensatoria podía establecerse *sin el menor atisbo de duda* siempre que fuese apta para restablecer el equilibrio económico entre las partes (pero véase mi anotación a la STS de 14 noviembre 2008). (G. G. C.)

82. Matrimonio: separación: fijación de pensión compensatoria con carácter temporal: doctrina jurisprudencial anterior a la reforma por Ley 15/2005.—La cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal ha sido ya resuelta en sentido afirmativo por esta Sala, siempre con sujeción a las pautas que se establecen, en SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, dictadas en interés casacional, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única. También son favorables a la temporalización, el Consejo de Europa (Informe del Comité de Expertos sobre el derecho relativo a los esposos, Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 octubre 1980), y el Código de Familia de Cataluña, cuyo artículo 86.1.d) dispone que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció.

Requisitos.—Al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005 era posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debía interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. Ahora bien, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, en la medida que su admisión exige que la fijación de un plazo concreto no determine que se resienta la función reequilibradora que le es consustancial, lo que obliga al órgano judicial a atender a las específicas circunstancias del caso, y particularmente aquellas que permitan valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico. En el presente caso la Audiencia Provincial omite en sus pronunciamientos la fijación de un límite temporal, y concede una pensión vitalicia, lo que responde, como se puede colegir sin dificultad de sus razonamientos, que conducen a una razonable previsión desfavorable a la fácil reinserción laboral de la perceptora, y, en suma, a la convicción de que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión, siendo ilusorio que pueda lograr por sí misma desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio en un plazo de tiempo determinado, por lo cual la decisión de mantener la pensión con carácter indefinido se ajusta plenamente a las previsiones legales y doctrinales, y no incurre en vulneración alguna. (STS de 17 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En una causa de separación matrimonial, la esposa solicita una pensión por desequilibrio de 5.000 euros mensuales, que el Juzgado de Primera Instancia reduce a 2.400, sin fijar plazo para su percepción. La Audiencia Provincial señala 1.360 euros con igual carácter. El marido recurre en casación para que se declare la temporalidad de la pensión. Según la sentencia extractada, la beneficiaria cuenta con 50 años de edad, experiencia laboral muy limita-

da y lejana en el tiempo, dedicación durante 18 años de matrimonio al cuidado de la familia y acreditada contribución de la esposa a la actividad profesional y empresarial de su esposo.

NOTA.—¿Ha sido un ejemplo de *jurisprudencia creadora* de la Sala 1.^a la doctrina establecida sobre la posibilidad de fijar temporalmente la pensión compensatoria, tal como se contiene en las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005? La reforma de 2005 pudo deberse exclusivamente a un propósito innovador, o ir, más bien, encaminada en este punto a aclarar meramente puntos dudosos de la Ley de 1981, como el de la temporalidad de la pensión. No hay datos en la sentencia para conocer el nivel de vida de este matrimonio al tiempo de la separación, pero lo cierto es que la petición inicial de la esposa se reduce a poco más de una tercera parte según lo definitivamente otorgado por la Audiencia Provincial con carácter indefinido; la pretensión del marido de temporalidad de la misma parece, por todo ello, excesiva. En adelante, parece claro que las sentencias estimatorias de la pensión compensatoria deberán fijar con claridad su carácter temporal o vitalicio, y, sobre todo, fundamentarla en su presupuesto fáctico de modo explícito. En este caso el Tribunal Supremo deduce la fundamentación de los propios hechos probados. ¿Deberían tenerse en cuenta, entre los demás factores, las situaciones efectivas del mercado laboral al tiempo de establecerla? Actualmente la respuesta tendría que ser, a mi parecer, afirmativa. (G. G. C.)

83. Temporalidad de la pensión compensatoria.—[...] la cuestión que se suscita ante esta Sala, reducida a si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, ya ha sido resuelta en sentido afirmativo, siempre con sujeción a las pautas que se establecen por las SS de esta Sala de 10 de febrero y 28 de abril del presente año 2005, dictadas en interés casacional, cuya doctrina jurisprudencial, por las razones que diremos a continuación, resulta contradicha por la resolución recurrida, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

En efecto, la S de 10 de febrero de 2005, luego citada por la de 28 de abril de 2005, deja sentada la doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria en los siguientes términos [...].

La anterior doctrina es enteramente aplicable al presente caso, y determina la estimación del recurso una vez constatado el interés casacional. Ello es así porque la Audiencia defiende que la pensión compensatoria, como si de una pensión alimenticia se tratase, ha de ser percibida por razones estrictas de necesidad y durante el tiempo que dure la misma, siendo estas las razones que conducen a concederla con carácter indefinido, a salvo de lo previsto en los artículos 100 y 101 CC para su modificación o revocación. Pese a que la Sala demuestra reconocer los argumentos favorables a la temporalidad (expresamente alude a que la pensión no puede lastrar al cónyuge deudor y convertir al acreedor en un *cuasi* jubilado a costa del primero, en la medida que ello conllevaría que el receptor no tuviera incentivos para superar su desigualdad económica, prefiriendo vivir a costa del otro, «lo que parece poco acorde con las exigencias del principio de la dignidad de la persona»),

termina decantándose por su carácter indefinido, en atención a que «en los preceptos del Código civil no se impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación». En suma, la Audiencia se alinea con los que, para oponerse a la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión, aducen no sólo que no existe previsión legal al respecto, sino también que la temporalidad dejaría sin contenido los artículos 100 y 101 CC, interpretación que choca con la doctrina de esta Sala plasmada en las referidas SS de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005, que han manifestado al respecto, tanto que la temporalidad estaba permitida en la regulación del Código civil introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y anterior a la reforma del 2005, por cuanto «no resulta excluida por el artículo 97 CC —el que no la recoja no significa que la prohíba—», como que «la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada». En consecuencia, el argumento de que la pensión vitalicia puede ser modificada llegado el caso, por vía de los referidos preceptos, no es suficiente razón para no fijar un límite para su percepción si se dan las circunstancias que lo permiten; en consecuencia, su fijación con carácter temporal o por tiempo indefinido sólo debe depender de las específicas circunstancias del caso, (particularmente las que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico») con la única condición de que la temporalidad de la pensión no haga que se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser. En el supuesto de autos la Audiencia rechaza fijarla con límite temporal por razones ajenas a las circunstancias determinantes de la idoneidad o aptitud de la esposa para superar el desequilibrio, y ello hace obligado que esta Sala las examine, ya en funciones de instancia, a fin de dilucidar sobre si en este concreto caso, resultaba procedente, en línea con lo solicitado por el recurrente, establecer un límite temporal a la pensión respetando en todo caso la cuantía concedida. Tomando en cuenta la corta duración del matrimonio (se contrajo el día 5 de septiembre de 1997 y la demanda de separación es de 25 de marzo de 2003), el hecho de que la esposa haya venido desempeñando su actividad laboral ininterrumpidamente, sin que el matrimonio fuera obstáculo para ello, su edad (55 años), 7 años más joven que el recurrente, su acreditada capacitación laboral, antigüedad en el empleo (desde 1989 desempeña su labor en la misma empresa, la de su ex marido) y disponibilidad para el trabajo (carece de hijos menores a su cuidado), la lógica y la experiencia permiten apreciar con un alto grado de probabilidad, que un plazo igual a cinco años resulta bastante para compensar a la esposa por el desequilibrio sufrido, más allá del cual el percibo de la pensión carecería de justificación. (STS de 14 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don A. interpone demanda contra doña P. interesando su separación matrimonial. Doña P. contesta a la demanda y reconviene. Los puntos de desavenencia eran la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión compensatoria. En relación con esta última consideraba el marido que resultaba innecesaria mientras que la mujer la reclamaba sin límite temporal. La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda y la reconvención atribuyendo la vivienda a don A. y señalando una pensión —menor en cuantía que la inicialmente demandada pero indefinida— a doña P.

Recurren en apelación ambos litigantes y la Audiencia estima parcialmente el recurso de ella, desestimando parcialmente el recurso de él. En suma, la Audiencia revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y aumenta la pensión compensatoria. Don A. interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo admite limitando la pensión al plazo de cinco años. (R. G. S.)

84. Temporalidad y función reequilibradora de la función compensatoria.—[...] la cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal ha sido ya resuelta en sentido afirmativo por esta Sala, siempre con sujeción a las pautas que se establecen en SS de 10 de febrero y 28 de abril del presente año (*sic*) 2005, dictadas en interés casacional, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación económica podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

La doctrina sentada por esta Sala 1.^a sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, se expresa en los siguientes términos, en la S de 10 de febrero de 2005 [...] luego citada por la de 28 de abril de 2005 [...].

De la doctrina expuesta cabe concluir, sin el menor atisbo de duda, que al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005 era también posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debe interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. Ahora bien, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico». En consecuencia, cuando, como aquí acontece, son las circunstancias fácticas, libremente valoradas por el tribunal, e incólumes en casación, las que determinan que el órgano judicial se decante por rechazar la fijación de un plazo, en ninguna contravención de la doctrina de esta Sala incurre, ni, por ende, concurre el alegado e imprescindible interés casacional, pues es obvio que la propia doctrina se refiere a la necesidad de apoyar la decisión a favor de la temporalidad en circunstancias que lleven al juzgador a la convicción de que la función reequilibradora de la pensión se agota con la expiración del plazo, de manera que el mantenimiento de la pensión más allá de ese límite se hace innecesario al no responder a la función reequilibradora que es su razón de ser. La Audiencia no contradice la doctrina jurisprudencial pues en modo alguno se pronuncia en contra de la posibilidad de fijar un límite temporal, como prueba el que reconozca haberlo hecho en numerosas ocasiones, constituyendo tan sólo la razón de su decisión, el que, atendiendo a la naturaleza y función de la pensión compensatoria, las circunstancias fácticas concurrentes en el caso de autos no justifican el establecimiento de un plazo de duración determinada, habida cuenta que la beneficiaria no es una persona joven que cuente con gran experiencia laboral ni con una gran cualificación profesional, de manera que la situación fáctica lejos de conducir a una previsión favorable a una fácil reinserción laboral, aplicando la lógica y la razón tales circunstancias son más bien indicadoras

de lo contrario: que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión, y que no va a lograr por sí desinvolverse autónomamente y superar el desequilibrio, lo que obliga a mantener la pensión durante toda su vida. (STS de 9 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El recurso que llega al Tribunal Supremo se plantea por interés casacional en relación con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales siendo el único punto controvertido el establecimiento de pensión compensatoria con carácter temporal. La actora había solicitado en concepto de pensión compensatoria determinada cantidad mensual. A su pretensión se opuso el demandado alegando su improcedencia. La sentencia de primera instancia accedió parcialmente a lo pedido y fijó a la esposa una pensión de cuantía menor que la reclamada por el plazo de dos años. Recurrida la resolución por la actora, la Audiencia Provincial la revocó en el extremo relativo a la temporalidad. Interpuso recurso de casación el demandado y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

85. Matrimonio: proceso de separación: cesión de la vivienda sin título concreto y de forma gratuita al hijo que se casa como hogar familiar: atribución judicial al otro cónyuge: calificación de tal atribución: doctrina jurisprudencial.—La STS de 2 de octubre de 2008, que examina las anteriores resoluciones recaídas en supuestos similares, establece los siguientes presupuestos para que proceda el desahucio: a) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista tal contrato, se origina una situación de precario; b) En los casos en que la vivienda se ha cedido sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser específico, y no simplemente el propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse, o resulte implícitamente de los actos de las partes; c) cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista; d) el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, no pudiendo reconocerse a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego, muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

Desahucio por precario.—En el caso que se examina la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares de la vivienda, y la demandada, usuaria de la misma y beneficiaria de un derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por resolución judicial, era la propia del precario, al no reconocer a ésta título bastante que justificase su posesión, toda vez que faltaba el uso específico, concreto y determinado que permitiría caracterizar como comodato la cesión de la vivienda efectuada en su día al hijo y esposo, respectivamente, de las partes en litigio, actores y demandada; a lo que se añade —alternativamente— que de admitir que la cesión lo fue para un uso específico, y reconocer como tal la utilización como hogar familiar y conyugal, no constituye por sí mismo título oponible a los demandantes el derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada en el proceso de separación matrimonial, y también procedería el desahucio por precario. Conclusión que ha de mantenerse con arreglo a la doctrina de la STS de 2 de octubre de 2008, pues no se ha acreditado que la cesión lo fuera por un concreto periodo de tiempo o para un uso específico o determinado, más allá del genérico de servir de morada o residencia, por lo cual se concluye que la posesión de la vivienda lo fue a título de precario. Y aunque como mera hipótesis se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda era la correspondiente a una precarista, pues no constituye título hábil para mantener la ocupación del inmueble el derecho de uso y disfrute atribuido por resolución judicial a la esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes. (STS de 14 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.] (G. G. C.)

86. Unión de hecho: consecuencias de la ruptura unilateral: incongruencia: defectos del recurso.—El desarrollo del litigio en las dos instancias y en casación, no ha permitido a esta Sala examinar una posible incongruencia entre lo pedido y la causa de pedir, de un lado, y lo resuelto por los órganos de instancia, de otro, del mismo modo que tampoco ha sido posible analizar la cuestión de fondo desde la jurisprudencia que aplica la prohibición del enriquecimiento injusto a las situaciones resultantes de la ruptura de una unión no matrimonial, lo cual habría necesitado, a su vez, además del correspondiente motivo de casación, de un mayor rigor en la exposición probatoria de todas las circunstancias de hecho que presidieron los más de quince años de relación entre los litigantes, algunas de las cuales fueron reseñadas en los escritos rectores del pleito pero posteriormente quedaron en el olvido tanto de las partes como de los órganos de ambas instancias (por ejemplo, la de que perteneciera al demandado hoy recurrente la vivienda a la que se trasladó a vivir la demandante con sus dos hijas, al iniciar la unión, y en la que dicha demandante continuaba viviendo al tiempo de interponer su demanda). (STS de 11 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Unión de hecho entre personas, cada una, con anteriores relaciones familiares no liquidadas, al parecer, y, al mismo tiempo, mantenimiento por parte de aquéllas, de relaciones económicas entre sí, poco aclaradas en el proceso, durante la unión; ella

con dos hijas de matrimonio anterior (sin que conste fehacientemente la liquidación del régimen económico), y él, permaneciendo en un matrimonio no disuelto, con hijos mayores que colaboran en los negocios del padre. Inicialmente la pareja y sus hijas se trasladan a vivir a una vivienda propiedad del demandado, que dirigía un negocio inmobiliario, al que ella efectuó préstamos importantes (hasta la suma de 11 millones de pesetas), luego devueltos, y en la que trabajaba con un contrato indefinido (con indemnización de 40 millones de pesetas para caso de ruptura); al producirse ésta se da origen a la reclamación origen de la demanda, estimada sólo en parte (en apelación se fija el *quantum* indemnizatorio en la suma de 161.175,91 euros a favor de la mujer); además el varón enajena en favor de sus hijos, la participación que tenía en la empresa familiar. No es frecuente que la sentencia del Tribunal Supremo amoneste, de alguna manera, a las partes (e, incluso, a los órganos judiciales inferiores) por los errores en el modo de conducir el proceso; parece como si aquél hubiera deseado entrar a fondo en los entresijos de una unión de hecho a la que se superponen, de principio a fin, complejas relaciones patrimoniales no debidamente hechas valer por las partes, perfiladas ni aclaradas. (G. G. C.)

87. Unión de hecho: doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la ruptura unilateral: inaplicación al caso.—Es pacífica la inexistencia de norma especial que regule las consecuencias de la ruptura de la convivencia extramatrimonial de que se trata, no siendo aplicable la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, reguladora de las uniones de hecho, pues además de que su inaplicabilidad deriva de la falta de constancia de la inscripción de la unión en el correspondiente registro administrativo, no establece, por ende, normas *ad hoc* más allá que la referida a la simple reserva de la libertad de pactos, también con acceso al registro, que en este caso, sin embargo, resulta inexistente. El criterio jurisprudencial es el que deriva de la sentencia, de Pleno de la Sala 1.^a, de fecha 12 de septiembre de 2005, que, consecuente con su carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico para resolver el conflicto, logrando al tiempo cumplir con las funciones propias de la casación, la nomofiláctica y ahora, en la misma medida, la función unificadora. Conforme al criterio jurisprudencial expuesto se debe rechazar *a limine* la aplicación analógica —*analogía legis*— de las normas reguladoras de las consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa. Dicho lo cual, cobran especial importancia los datos fácticos de que se nutre el proceso, tal y como se recogen en la sentencia de instancia, entre los que destaca la falta de constancia de un acuerdo de los convivientes, ya expreso, ya implícito, inferido de hechos concluyentes, que tuviese por objeto la constitución de un patrimonio común con los bienes adquiridos durante la convivencia, y la ausencia de un pacto regulador de las consecuencias de la ruptura de la pareja y la extinción de la unión de hecho. No existe la debida constancia de la formación de un patrimonio común que deba liquidarse, resultado de un esfuerzo económico común, que se haya visto frustrado por la finalización de la convivencia, en perjuicio de uno de los convivientes; ambos mantuvieron su independencia en ese sentido, conservaron sus trabajos —en el caso de la autora, mientras lo

permitió su estado de salud–, y contribuyeron equilibradamente a sufragar los gastos propios de la convivencia. Tampoco se ha acreditado la mayor dedicación de la actora a su pareja o a la familia, entendida ésta en los amplios términos que constitucionalmente es considerada, ni que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, la demandada haya quedado perjudicada en comparación con la situación anterior a la extinción de la unión al modo marital, o que se halle en situación de desequilibrio respecto del otro conviviente tras el cese de la convivencia, y, en suma, que ocupe una posición más débil, digna, por ello de protección. Y tampoco hay constancia de la existencia de un enriquecimiento en el varón que conlleve el correlativo empobrecimiento de la demandante, aún entendido en sentido amplio, que, por ser injustificado, autorice a una reparación económica. (STS de 30 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–El Juzgado de Primera Instancia declaró la existencia de una convivencia de hecho, pero denegó todas las peticiones que había hecho la mujer con base en la ruptura. La Audiencia Provincial desestimó la apelación, y el Tribunal Supremo rechazó igualmente la casación solicitada, recordando la doctrina jurisprudencial vigente. Se adujo una convivencia de 17 años, dedicándose la mujer a las atenciones de la casa y de la familia del varón; al final se declaró por la jurisdicción laboral, la incapacidad permanente y total para el trabajo de la mujer. (G. G. C.)

88. Día inicial del cómputo del plazo de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial.–La doctrina jurisprudencial sobre la acción de impugnación de la paternidad marital no ha sido uniforme, pero las últimas sentencias han seguido un criterio claro. Las de 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002 han dicho explícitamente que los principios generales del Derecho, desde la reforma del Código civil de 1981, conforman una «patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial», lo que es abonado por la normativa constitucional cuyo artículo 39 «asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud de la determinación de la paternidad» y tal breve plazo de caducidad «conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución española».

El artículo 136 da legitimación al marido para la acción de impugnación de su paternidad marital, ligándola al breve plazo de caducidad de un año, cuyo *dies a quo* es la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que supo el nacimiento.

La jurisprudencia, como se ha dicho, apuntó primero y reiteró después, no sin sentencias contradictorias, que el día inicial era el del conocimiento del marido de su no paternidad del hijo que había concebido y dado a luz su esposa. Que podría no coincidir con la inscripción.

Cuyo tema llegó al Tribunal Constitucional y en dos sentencias declaró inconstitucional el párrafo primero de dicho artículo en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Son las

SS 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, ambas dictadas por el pleno el mismo.

El recurso de casación de la parte demandante [...] debe ser estimado por razón de que las sentencias de instancia no han aplicado la doctrina jurisprudencial ya consolidada al tiempo de dictarse, ni la norma tras su declaración de inconstitucionalidad en cuanto al *dies a quo* de la caducidad impuesta por el Tribunal Constitucional que fue posterior a las fechas de aquellas.

El conocimiento por parte del marido demandante y recurrente del informe médico, que le permite mantener el error registral de su filiación es, pues, el determinante del *dies a quo* del plazo de caducidad de un año y, según la jurisprudencia y la doctrina constitucional, ésta no se ha producido al no haber transcurrido el año.

Efectos de la negativa a la prueba biológica de paternidad.—Ha sido constante la doctrina jurisprudencial, avalada por el Tribunal Constitucional, que la negativa a la prueba biológica de paternidad no es por sí sola suficiente para pronunciarse sobre ella, no es *ficta confessio* que permita basar un pronunciamiento judicial que modifique definitivamente el estado civil de la persona.

Así se pronunció explícitamente la STC de 14 de febrero de 2005.

En el presente caso no se ha practicado prueba alguna cuyo resultado abone claramente la no paternidad del demandante respecto al demandado. La única que aporta es el certificado médico de 3 de agosto de 1999 [...].

Un posterior certificado, del mismo médico, de 21 de marzo de 2000, dice [...].

De cuyos certificados médicos —que no prueba pericial— se desprende: primero, que no es imposible la paternidad; segundo, que nada certifica sobre la cuestión en 1981, fecha de nacimiento del demandado cuya paternidad marital se impugna.

En consecuencia, no se puede estimar la demanda y negar la filiación paterna matrimonial sin prueba alguna, tan sólo con una negativa a una prueba biológica. La falta de relaciones personales entre padre e hijo son más consecuencia de la separación conyugal que de la discutida paternidad, que nunca podría justificar la declaración sobre ésta. (**STS de 16 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don R. y doña E. contrajeron matrimonio en 1977. En 1981, nace D. El matrimonio se separa en 1986 y se divorcia en 1989. En informe médico datado en agosto de 1999 se acredita la dificultad de don R. para engendrar debido a las bajas cifras de espermatozoides que se constatan. Un mes después presenta demanda impugnando la paternidad marital en relación con D. La sentencia del Juzgado y la de la Audiencia apreciaron la caducidad de la acción. El recurso de casación se apoya en la infracción del artículo 136 CC, manteniéndose que la acción no ha caducado y que debe tenerse por probada la no paternidad marital. El Tribunal Supremo aprecia el motivo de casación sobre la caducidad pero, aunque niega ésta (la caducidad de la acción impugnatoria), no admite el recurso de casación de la sentencia por entender que debe mantenerse el fallo de la resolución recurrida. (*R. G. S.*)

89. Filiación matrimonial: impugnación de la paternidad por el padre: *dies a quo* de la acción impugnatoria: doctrina constitucional.—El tema básico es la fecha inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el marido que conoce que no es el padre biológico del hijo inscrito, una vez transcurrido el plazo de un año desde la inscripción de la filiación, al que se refiere el artículo 136 párr. 1.º CC. Es ineludible tener a la vista la STC 138/2005, seguida *in totum* por la sentencia 156/2005, las cuales parten de la consideración de que el legislador, al articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación, no puede obviar la presencia de ciertos valores constitucionalmente relevantes, cuales son la protección a la familia en general (art. 39.1 CE), y de los hijos en particular (art. 39.2), así como la seguridad jurídica (art. 9.3) en el estado civil de las personas; y al mismo tiempo debe posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad, como desde la configuración de la paternidad como a proyección de la persona.

En la misma línea el Tribunal Constitucional destaca la necesidad de que el principio de libre investigación de la paternidad se compatibilice con las exigencias derivadas de seguridad jurídica, al concurrir derechos e intereses jurídicos dignos de protección que derivan de las relaciones paterno filiales que refleja el Registro Civil. En particular, en la configuración legal de la acción prevista en el artículo 136 CC se pone de manifiesto la presencia de los aludidos valores constitucionales: y así, la seguridad jurídica en la relación paterno filial se refuerza mediante el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción, y al mismo tiempo, la investigación de la paternidad se favorece por cuanto el propio precepto prevé que no comience a correr el plazo mientras el marido ignore el nacimiento del hijo. Así el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito, tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos; así lo impone la primacía del interés de los menores que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recordando los principios inspiradores de instrumentos internacionales en los que España es parte, a los que resulta obligado remitirse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, especialmente a la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), o también, en el marco de la UE, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001, y cuyo contenido, aun sin fuerza vinculante, se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Tít. II). Asimismo la STEDH de 28 de noviembre de 2004, caso Sasmussen c. Dinamarca, ha declarado que la institución de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad no vulnera el artículo 14 en relación con los artículos 6, 7 y 8 del Convenio, pues se justifica por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño. Por estas razones no cabe hacer objeción alguna, en el plano constitucional, al establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción de impugnación, ni tampoco que tenga como *dies a quo* la fecha de inscripción en el Registro Civil, ni que el plazo no

corra si el padre presunto no conoce todavía el nacimiento del hijo. La razón de la inconstitucionalidad del artículo 136 párr. 1.º CC se encuentra en que cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esta limitación del derecho a la tutela judicial efectiva guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. Así puede concluirse que la imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial), ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que, siendo inicialmente *iuris tantum*, sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, y, por extensión, con la dignidad de la persona, así como el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción (STC 138/2005, FJ 4.º).

Acomodación del artículo 136 párrafo 1.º CC a las exigencias constitucionales.—La declaración de inconstitucionalidad del artículo 136, párr. 1.º, CC no tiene un efecto anulatorio del mismo, pero sí obliga al legislador a establecer de modo adecuado en el futuro el *dies a quo*, y a aplicarlo por los Tribunales debidamente acomodado a la doctrina constitucional. En el presente caso, la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTs de 3 de diciembre de 2002, 15 de septiembre de 2003 y 12 de diciembre de 2004), la cual debe ser reiterada en la medida en que fija un criterio de interpretación y aplicación del párr. 1.º del artículo 136 CC, y dados los términos en que se pronuncia la doctrina del Tribunal Constitucional. (STS de 3 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.] (G. G. C.)

90. Filiación no matrimonial: reconocimiento de complacencia: impugnación del padre reconocedor por infringir la verdad biológica: doctrina jurisprudencial establecida por STS de 20 octubre 2008.—La Sala de instancia declaró haber lugar a la acción de impugnación de paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, considerando que el prestado fue de mera complacencia, sabedor el reconocedor que la reconocida no era hija biológica suya. El tribunal sentenciador se alinea así con el criterio doctrinal y jurisprudencial conforme al cual la filiación no matrimonial determinada por virtud de reconocimiento, aun siendo de complacencia, puede ser impugnada por falta de correspondencia con la realidad biológica por la vía y por los presupuestos establecidos en el artículo 140 CC, y no únicamente por vicio de consentimiento, que afecta al acto del reconocimiento, y no a la filiación determinada por éste, según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal. La recurrente considera que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTs de 25 de junio de 1990, 27 de octubre de 1993 y 14 de marzo de 1994, que establece que la paternidad determinada por reconocimiento no puede ser atacada si no es por vicio de la voluntad, al ser un acto unilateral, personalísimo, formal y, sobre todo, irrevocable; fundamenta la existencia del interés casacional que posibilita el acceso a la casación en la aludida oposición a la citada jurisprudencia de esta Sala, y alega, al mismo tiempo, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales al resolver la interpretación del artículo 140 CC. La respuesta que debe darse

a la denuncia casacional ha de tener como guía los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la STS de 29 de octubre de 2008.

La doctrina científica no se ha puesto totalmente de acuerdo acerca de cuáles son las vías y las causas de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento; es más, ni siquiera hay un criterio uniforme acerca del contenido de este concepto jurídico –si es necesaria o no la correspondencia entre la declaración externa y la creencia interna– referido al acto determinante de la filiación. La jurisprudencia de esta Sala tampoco ha dado, hasta ahora, una respuesta contundente a la cuestión debatida, con finalidad unificadora, si bien pueden considerarse significativas, de modo progresivo, las SSTS de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997, 26 de noviembre de 2001, 27 de mayo, 4 de junio, y 5 de junio de 2004, que, en relación con los reconocimientos de complacencia, admiten la posibilidad de ejercitar dos acciones, una con base en los vicios del consentimiento y otra por falta de veracidad biológica. Este criterio interpretativo responde a un modelo de hermenéusis normativa literal y sistemático, y se ajusta al canon de la razonabilidad de la lógica. La lectura de los artículos 138, 140 y 141 CC, puestos en relación con los artículos 115, 118, 119 y 120, permite diferenciar los dos cauces impugnatorios, en atención a su diferente objeto y a su diferente causa o motivo de impugnación, que en un caso recae sobre el acto del reconocimiento determinante de la filiación, por vicios del consentimiento, y en otro, sobre la filiación determinada por el reconocimiento. Del artículo 138 se desprende con facilidad la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial por causas distintas al reconocimiento inválido por estar viciado el consentimiento, y, en concreto, por falta de veracidad biológica, del mismo modo la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, con fundamento en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el artículo 140, que por otra parte no excluye la impugnación del acto del reconocimiento por vicio del consentimiento regulada en el artículo 141, como ésta no excluye la anterior. Este criterio exegético no conduce a conclusiones ilógicas, por cuanto no supone la inaplicación en todo caso del artículo 141 –que contempla una acción impugnatoria con un objeto y causa diferenciada de la del artículo 140–, y que mantiene su aplicabilidad aun cuando se trate del error, pues éste, manteniendo su carácter de sustancial e inexcusable, puede recaer sobre circunstancias, tales como la fecha de nacimiento del hijo, que hayan sido determinantes para la prestación del consentimiento, ante la mera posibilidad de la paternidad biológica del reconocedor, sin discutirse la adecuación o su falta a la realidad biológica.

El criterio interpretativo que se sigue es plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales y los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España, de cuyos superiores principios se deduce que la filiación se entiende como una condición personal definida, de una parte, por el hecho de ser veraz el hijo, y por otra, por el de ser verdadero progenitor, y sólo desde esa concepción de la filiación, y desde la potenciación de los medios jurídicos para determinarla y lograr el acomodo de la realidad formal a la biológica, puede considerarse satisfecha la finalidad protectora del menor y, en suma, el interés también jurídicamente tutelado de la familia, lo que no empece a que del mismo modo se proteja la seguridad y estabilidad familiar y en la detención del estado civil, sin erigir, empero, los principios informadores del sistema en regla absoluta e ilimitada, equilibrio que, desde luego, se logra mediante el establecimiento desde la misma norma de los presupuestos de la legitimación y el plazo para el ejercicio de las acciones de filiación.

Tampoco se vulneran los principios igualitario y de no discriminación por razón del nacimiento, por el establecimiento de un régimen de legitimación y

de plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación, diferente según que se trate de filiación matrimonial o no matrimonial, determinadas una y otra por reconocimiento, y mediando en esta última posesión de estado, pues examinada la diferente regulación desde el canon de la legitimidad constitucional, supera las exigencias de razonabilidad y de proporcionalidad que éste impone, apreciándose en esos casos de filiación no matrimonial una situación y circunstancias distintas de la filiación matrimonial –y buena muestra de ello es la diferenciación legal que se hace de una y otra, y sobre la que no pesa tacha alguna de inconstitucionalidad–, que se convierten en razones objetivas para justificar, dentro de la libertad de que dispone el legislador, una mayor amplitud en la legitimación y en el plazo de ejercicio de la acción de filiación, sin que quepa apreciar la vulneración de la prohibición de no discriminación, en este caso, por razón de nacimiento, cuando la aplicación de semejante régimen jurídico sirve para lograr la finalidad, también enraizada en principios constitucionales, de establecer la verdad biológica en la filiación.

Todo ello conduce a rechazar el recurso porque la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, del mismo modo que, en rigor no se ha vulnerado las contenidas en las sentencias que la recurrente cita para fundamentar la existencia del interés constitucional, en la medida en que se refieren a la impugnación del reconocimiento como acto que sirve para determinar la filiación, y no a la impugnación de esta misma; y tampoco se ha infringido el artículo 140 CC que debe ser interpretado con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto anteriormente. (STS de 5 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

NOTA.–El reconocimiento de complacencia se efectuó en 1998, y se impugna ante el Juzgado de Primera Instancia como hecho por complacencia en 2003, siendo rechazada la demanda. La Audiencia Provincial estimó la apelación, y el Tribunal Supremo, en sentencia que acoge íntegramente los argumentos de la STS de 29 de octubre de 2008, desestima el recurso de casación interpuesto por la madre no matrimonial. (G. G. C.)

91. Filiación no matrimonial. Exclusión de la patria potestad.–La jurisprudencia ha interpretado el artículo 111 CC alertando que la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad se impone por ministerio de la ley, tal como dice la S de 2 de febrero de 1999 que concreta: «la exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.» Y añade la de 24 de junio de 2004, tras reiterar que tal exclusión se impone por ministerio de la ley: «afirmada como existente la oposición del demandado, cuya paternidad ha sido declarada en este proceso, por tanto, declarado probado el presupuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 111, 1.º, 2 CC, la exclusión de la patria potestad constituía un imperativo para el juzgador, incluso aún cuando no hubiera sido formalmente solicitada por la parte actora». Y la de 7 de julio de 2004, de gran semejanza con el caso presente añade: «ha de estimarse ajustada a Derecho la exclusión del ahora recurrente de la patria potestad, atendida la conducta procesal del demandado quien, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber

mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos». Así, en definitiva, esta Sala, en el presente caso, no entra en la cuestión fáctica declarada en la instancia, que permanece incólume en casación, sino en la calificación de la misma. De aquellos hechos no discutidos, calificados conforme a la doctrina jurisprudencial se desprende que debe ser aplicado el artículo 111 CC al presente caso, en que se ha determinado la filiación extramatrimonial contra la oposición del padre demandado. En este sentido, conforme a lo que dispone el artículo 487.3 LEC procede casar la sentencia recurrida y resolver sobre el caso declarando que ésta se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 111 CC que debe ser aplicado al caso de autos. **(STS de 12 de noviembre de 2008;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—M ejerció acción de reclamación de paternidad extramatrimonial respecto a su hijo menor de edad, E, nacido el 4 de febrero de 2004. La demandante solicitó además la exclusión de la patria potestad en los términos previstos por el artículo 111 CC cuando la filiación se determina judicialmente contra la oposición del progenitor, así como la condena del padre al pago de una pensión alimenticia.

El demandado, F, se opuso a la demanda y pidió su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badajoz estima parcialmente la demanda, mediante sentencia de 5 de abril de 2005. La sentencia declara la filiación, condena a F al pago de una pensión alimenticia pero considera que no debe aplicarse el artículo 111 del CC como sanción legal por la conducta del progenitor, por no concurrir los presupuestos necesarios.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de 24 de noviembre de 2005 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz lo desestima.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción procesal que interpuso M por entender que la Audiencia Provincial le había denegado indebidamente la prueba documental consistente en obtener una certificación de la Delegación de Hacienda de Badajoz acreditativa de los impuestos pagados por el demandado a los efectos de fijar la pensión alimenticia reclamada, y haber lugar al recurso por lo que se refiere a la exclusión de la patria potestad. *(J. M. B. S.)*

92. Alimentos de los hijos menores de edad: régimen jurídico. Suspensión de la percepción de la pensión de alimentos.—[...] ciertamente esta Sala, a raíz de la S de 5 de octubre de 1993, partiendo de que la propia norma constitucional (art. 39.2) «distingue entre la asistencia debida a los hijos “durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”», ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código civil) aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas

de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores de edad es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (art. 110 CC), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 CC— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación. Pero, y esto es lo relevante para rechazar la existencia del interés casacional que se aduce, cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente a sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción, que fue lo que se decidió en ambas instancias durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias. Ni la S de 5 de octubre de 1993 ni la posterior, también citada, de 16 de julio de 2002, se manifiestan en contra de la suspensión de la pensión, pues la primera toma en consideración el carácter ineludible de la prestación a cargo del progenitor para ratificar su mantenimiento por no concurrir causa de imposibilidad que justificara que fuera relevado de su obligación, lo que nada tiene que ver con el presente supuesto, y la de 16 de julio de 2002 abunda en la idea del distinto régimen aplicable a los alimentos, según se deban a menores o mayores de edad y demás parientes, tomando en cuenta esta distinción para aplicar con flexibilidad, en interés del menor, el criterio de la proporcionalidad plasmado en los artículos 146 y 147 CC, pero sin excluirlo, y por tanto, sin que tal doctrina impida al órgano judicial valorar la concreta situación de necesidad del alimentista a la hora de decretar, no el cese, pero sí la suspensión de la percepción de la pensión.

En cuanto al segundo argumento, que plantea la necesidad de que los ingresos se vinculen al ejercicio permanente de una profesión y oficio, sin que baste la mera capacidad subjetiva, también se encuentra abocado al fracaso pues ofrece la recurrente como punto de partida, una visión fáctica alejada de los hechos que tiene por probados el tribunal de apelación, en la medida que la Audiencia no considera que estemos ante una simple beca de educación «en sentido literal y estricto del término», sino ante una prestación más amplia, que no solamente cubre de modo casi total durante el año las necesidades de la menor relacionadas con su alojamiento y manutención —de cuyos gastos se hace cargo directamente la Federación, incluyendo los vinculados a la práctica deportiva—, sino que supone además la existencia de unos ingresos mensuales en metálico «de importancia para una persona de la edad de la hija», suficientes para cubrir las restantes necesidades de tipo personal, convirtiendo en innecesaria para los mismos fines la prestación económica a cargo del padre en tanto subsista la situación de la menor. No se olvide que el *status* de la menor ha sido mutuamente aceptado por ambos progenitores,

y por la propia interesada, teniendo así la suspensión de la pensión cabida en las desventajas ligadas a una decisión adoptada en el ámbito de la libertad y autonomía del individuo, quien ha optado por un modelo de vida que le satisfice, incluso en el plano económico, más que lo que le incomoda la no percepción de la pensión alimenticia a cargo de su padre. (**STS de 24 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Tras una separación matrimonial, el marido presentó demanda de divorcio interesando al tiempo la supresión de la pensión de alimentos de su hija, menor de edad, acordada en el convenio y ratificada como medida definitiva en la sentencia de separación. Entre separación y divorcio, la menor se había convertido en deportista profesional y había obtenido de la Federación correspondiente una beca capaz de cubrir sus gastos personales. El organismo corría además con los gastos de alojamiento, manutención y los derivados de la práctica deportiva. La sentencia de instancia entendió que no procedía la supresión de la pensión sino su suspensión mientras se mantuviesen las circunstancias de la menor. La apelación de la madre fue infructuosa pues la Audiencia confirmó la resolución del Juzgado. Interpuso la apelante recurso de casación aduciendo interés casacional en cuanto la sentencia recurrida se oponía a la jurisprudencia del Tribunal Supremo atinente al régimen aplicable a los alimentos de menores de edad y a la naturaleza de la actividad que permite el cese de la prestación alimenticia a cargo del progenitor. El Alto Tribunal desestimó el recurso. (*R. G. S.*)

DERECHO DE SUCESIONES

93. Fideicomiso de residuo: defectos del recurso.—Como recuerda la STS de 14 de diciembre de 2007, es muy reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que las cuestiones no suscitadas en la apelación no pueden someterse a revisión casacional ya que este recurso extraordinario se da contra la sentencia de segunda instancia y no contra la dictada por el Juzgado (SSTS de 9 de octubre de 2000, 5 de febrero y 5 de abril de 2001, 14 de abril y 26 de noviembre de 2004, 31 de mayo de 2005, 19 de junio, 18 y 26 de octubre de 2006 y 30 de marzo de 2007, entre otras).

Doctrina general sobre el fideicomiso de residuo.—Aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias —aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario— al permitir el artículo 783 CC que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone en su segundo párrafo, que *el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa*. Así, en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que queda en el momento de la restitución —generalmente a la muerte del fiduciario— pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el

ahora contemplado, de fideicomiso *si aliquid supererit*, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente. Lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa* (SSTS de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer *inter vivos* de forma gratuita (STS de 2 de julio de 1994), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda. También ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a restitución, salvo voluntad contraria del testador (STS de 10 de julio de 1954), pues en caso contrario se trataría de una sustitución íntegra en cuanto a su valor y no *de residuo*.

Interpretación de testamento: doctrina jurisprudencial.—Las SSTS de 15 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 29 de abril de 2008, a propósito de la interpretación de los testamentos, declaran: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado sean ilógicas, o contrarias a la voluntad del testador, o a la Ley; c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto.

La Audiencia Provincial, a partir de la interpretación del testamento otorgado por don Roberto en 1989 (fallecido en 1990), llega a las siguientes conclusiones: 1.—Estamos ante la constitución del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*; 2.—No es posible aplicar al caso la subrogación real para los supuestos de enajenaciones a título oneroso que, transformados, hubiesen vuelto al patrimonio de la heredera, ante las amplísimas facultades que el testador le concedió; 3.—Las enajenaciones a título oneroso que pudiese llevar a cabo doña Estíbaliz, no se relacionan, en modo alguno, en el testamento de don Roberto, con los propios bienes de la heredera; y 4.—No efectuó la heredera fiduciaria disposiciones a título gratuito sobre el objeto del fideicomiso, lo que había excluido expresamente don Roberto en su testamento. Tales conclusiones, no sólo no cabe calificarlas de arbitrarias, irracionales, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la propia Ley, sino que se ajustan al texto del testamento y a la evidente intención del testador, en cuanto éste instituyó heredera de todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa, doña Estíbaliz, —bienes que, además, eran de carácter ganancial— otorgándole plena facultad para disponer, gravar y enajenar los bienes heredados, sean muebles o inmuebles, por actos *inter vivos* a título oneroso, y respecto de los heredados de que no hubiese dispuesto su viuda, estableció el fideicomiso de residuo a favor de sus hermanos y sobrinos, advirtiendo expresamente que estos últimos, o quienes les sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo *si supererit*, lo que evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real y constituir el fideicomiso únicamente en relación con los bienes de los que la esposa no hubiera dispuesto en vida en la forma autorizada.

Venta de piso ganancial por la fiduciaria a su sobrina, por precio aplazado inferior al de tasación: no es enajenación a título gratuito.—Es cierto que doña Estíbaliz vendió a su sobrina doña Carina una vivienda, que había sido ganancial, mediante escritura pública de 23 de noviembre de 1993, por precio de 18 millones de pesetas, del que la vendedora declaró haber recibido la cantidad de tres millones, mientras el resto habría de pagarse en el plazo máximo de cinco años sin intereses, consintiendo la compradora que la vendedora siguiera ocupando la vivienda hasta que encontrara otra adecuada a sus necesidades y por el plazo máximo también de cinco años, habiendo sido tasado dicho inmueble en la cantidad de 31.819.155 pesetas. Pero el hecho de que la sentencia recurrida califique de usufructo la reserva de un mero derecho de uso no comporta una infracción legal de las normas de interpretación contractual sino de una simple atribución errónea del *nomen iuris*, lo que únicamente se tenía en cuenta a efectos de justificar la razonabilidad de la disminución del precio fijado respecto del valor de tasación como consecuencia de la indicada reserva. No puede apreciarse la existencia de un precio vil, que lleve a considerar presente en el negocio jurídico un ánimo simulatorio, si se tiene en cuenta que la *justicia del precio no es requisito esencial, como su certeza, de la compraventa, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano y ocurre en algunos derechos forales* (STS de 20 de julio de 1993), y que por precio vil ha de entenderse aquél que no sólo resulta desproporcionado sino que, además, lo es en un grado importante o notorio respecto del valor real de la cosa; situación que no se da en el caso si se tiene en cuenta la diferencia entre el precio pactado—cuya realidad no se discute—, y el de tasación, todo ello puesto en relación con la razonable disminución que respecto de tal precio había de operar la reserva de uso establecida a favor de la vendedora. **(STS de 7 de noviembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—Sobre el tema Silvia Díaz Alabart, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites* (Barcelona 1981). Coincide en la oposición a la condicionalidad, LACRUZ *et alri*, *Elementos*, V, 3.^a ed. a cargo de Rams Albesa [Madrid 2007] p. 277). (G. G. C.)

94. Sustitución ejemplar: derecho civil de Baleares: los herederos sustitutos heredan al sustituido, no al sustituyente.—El núcleo central del pleito es si en la sustitución ejemplar el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz. El criterio de la sentencia recurrida es esta última, y por ello declara que al haber recibido la autora bienes de la herencia de su padre, en su condición de sustituta de su hermano premuerto, la actora no puede considerarse preterida, sin perjuicio de ejercer la acción de complemento de legítima, con base en el artículo 815 CC, si considera que ha recibido menos de lo que le corresponde, al quedar afectada parcialmente la intangibilidad cuantitativa de la legítima, acción que según la doctrina más actual prescribe a los quince años.

Este criterio es contrario a la doctrina de esta Sala contenida en STS de 26 de mayo de 1997, según la cual, desde la STS de 6 de febrero de 1907 se tiene declarado que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente. En el presente caso el hijo

incapaz sobrevivió a su padre, por lo que tenía capacidad de adquirir los bienes que le dejó, si bien a través del tutor que se le nombró. Contra lo expuesto no puede aducirse que la finca asignada por el padre a su hijo incapaz fue vendida por la actora –su hermana– en documento privado junto con sus demás hermanos y descendientes de los ya fallecidos, haciéndose constar en aquél que les pertenecía a título de herencia de su padre. Esta Sala tiene declarado que la opinión errónea que pudiera tenerse –por la recurrente en este caso– acerca de su derecho no puede servir de base para atribuir carácter trascendental en perjuicio de su derecho (SSTS de 1 de marzo de 1904 y 16 de enero de 1930). Por otra parte, el principio *iura novit curia* permite al juzgador la aplicación de la norma jurídica más adecuada a los hechos que se prueben en el procedimiento y sobre los que se hayan fundado las pretensiones ejercitadas.

Preterición: Derecho transitorio: aplicación supletoria del Código civil.–El causante falleció en mayo de 1975, y era de vecindad mallorquina, y al abrirse su sucesión regía en Mallorca la Compilación de 1961, la cual no contenía precepto alguno sobre la preterición, por lo que era de aplicación en esta materia el Código civil, al no haberse demostrado, ni intentado siquiera, que sus preceptos se oponían a la Compilación y a las fuentes jurídicas de general aplicación (DF 2.ª de la Ley 5/1961). Por otra parte, el artículo 814 CC no reconocía entonces la preterición intencional. Con arreglo al artículo 814 Código Civil en la redacción vigente al tiempo de la apertura de la sucesión, la preterición de la actora anulaba la institución hereditaria, con la consiguiente apertura de la sucesión abintestato. Sin embargo, la preterida lo único que ha solicitado en su demanda es la reducción en la medida de lo necesario para cubrir la porción que por legítima le corresponda, y ello es materia que pertenece al ámbito de su autonomía, a salvo del efecto que *velis nolis* era de obligado cumplimiento, a saber la nulidad de la institución de heredero. La legítima de la actora ha de calcularse en relación con la herencia de su hermano incapaz que falleció después de su padre; sin embargo aquélla se conformó expresamente con la denegación de la acumulación de acciones que contenía su demanda –referencias a la herencia de su padre y de su hermano–, acumulación que ha devenido firme por su aquietamiento. (**STS de 7 de noviembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.–Complejo pleito en relación con el Derecho civil de Mallorca, prolongado en el tiempo, con aplicación de normas transitorias, tanto del Código civil como del Derecho mallorquín, con planteamiento parcialmente insuficiente de la recurrente como resalta la sentencia, que, aunque no obsta a la estimación de su recurso, se traduce en efectos más limitados de los que hubiera podido alcanzar. El causante, padre de seis hijos, otorga testamento en 1969, y simultáneamente realiza una sustitución ejemplar en relación con uno de sus hijos declarado incapaz, el cual fallece en tal estado en 1994. En 2002 una de las hijas ejercita una acción de preterición tanto en el testamento de su padre, como en la sucesión abintestato y sucesiva partición de la herencia de su hermano incapaz. La demanda se desestima en ambas instancias, pero se estima el recurso de casación que ofrece doctrina sobre la sustitución ejemplar y los efectos originarios de la preterición en el Código civil, aplicable subsidiariamente en Mallorca. La concepción calificada de amplia que sigue esta sentencia acerca del alcance objetivo de la sustitución ejemplar es seguida mayoritariamente por la juris-

prudencia y en parte por la doctrina (cfr. Albaladejo, Comentario a los artículos 775 y 776, en *Com. Min. Justicia* [Madrid 1.991], I, pp.1.902 s. Mientras que Lacruz *et altri*, *Elementos*, V, 3.^a ed. rev. Rams Albesa, [Madrid 2007] pp. 282 s. entienden que cualquier solución es defendible, aunque se inclinan por la estricta). (G. G. C.)

95. Sucesión testamentaria: partición por la testadora: doctrina general.—El testador, aparte de las demás especies de la partición, puede hacerla de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos, como lo prevé el artículo 1056 párr. 1.º CC. No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante, pues cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, en este caso, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del mismo quien, para prever necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la ley la posibilidad de que realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la STS de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las SSTS de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, cuya partición hecha por el testador no extingue en realidad la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse. Es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente, como lo expresó la STS de 6 de marzo de 1945 al decir que ni el precepto de referencia, ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica, imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079 CC, causa de rescisión de las particiones. Lo que efectivamente concuerda con el principio del *favor partitionis* que se desprende de esta última norma y que ha destacado la STS de 13 de marzo de 2003 (y otras que cita). Como declara la STS de 4 de febrero de 1994, se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien de una *disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial* entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarla, no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados. Asimismo destacan las SSTS de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, que la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador. Pero en todo caso, como ya decía la STS de 6 de marzo de 1945, la facultad que tienen

los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar. En definitiva, la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene el artículo 1056 CC, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella; la norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señala la prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos según el artículo 1075 CC.

Estimación del recurso de casación: interpretación literal de cláusula testamentaria: validez de la partición parcial hecha por la testadora: no se ejercita la acción de complemento de legítima.—Si entendemos que la interpretación del testamento supone la reconstrucción de la voluntad del testador y añadimos que el artículo 675 CC impone que el intérprete se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable la voluntad del testador, es evidente que en este caso la testadora quiso hacer la partición de sus bienes en el testamento, así lo quiso y lo dijo explícitamente, citando el artículo 1056 CC y previendo incluso una posible diferencia entre el valor de los bienes objeto de la partición y adjudicados a alguno de sus hijos. Se infringe además el artículo 1056 en un doble sentido pues el código contempla que la partición sea parcial sin declarar la nulidad de la partición, ni se ha interesado en el suplico de la demanda que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante; e igualmente el artículo 1079 pues aunque no se incluya en aquélla la totalidad del patrimonio, no se produce necesariamente la ineficacia de la partición. No se ha ejercitado la acción de complemento de legítima que prevé el artículo 815 CC, ni consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado la misma. (STS de 4 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

96. Responsabilidad del transportista aunque el cumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad se hubiera confiado a un tercero. Lesiones causadas a un viajero al ser agredido por dos desconocidos cuando se encontraba en una estación del Metro.—Estando atribuida la responsabilidad relativa a la seguridad del Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte. En cierto sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aplicando esta regla en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación frente al contratante ha sido confiada a un tercero por quien debe cumplir el contrato, de modo que esto no elimina la responsabilidad, porque deben cumplirse ciertos deberes de diligencia y cuidado que no quedan excluidos por el hecho de confiar la ejecución del contrato a terceros. En definitiva, existe un nivel general de diligencia, que se proyecta en la elección del contratista, pudiendo surgir esta obligación bien por una culpa *in eligendo*, o por una incorrecta supervisión. Existe lo que la doctrina denomina «deberes no delegables», entre los que se encuentra el deber de diligencia en la elección del contratista, cuyo incumplimiento originará la obligación de indemnizar (SSTS de 12 de julio de 2005 y 4 de diciembre de 2007 y las allí citadas). Esta regla

está incluida en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cuando en el artículo 8:107 se dice que «la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento», porque, en definitiva, como afirma la S de 4 de diciembre de 2007, en un caso de responsabilidad de una compañía aseguradora por el servicio prestado por un sanatorio que tenía contratado, «[...] La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio». (**STS de 24 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El actor demandó a la Compañía Metropolitana de Madrid solicitando diversas indemnizaciones derivadas de las lesiones que sufrió cuando fue agredido por dos desconocidos mientras se encontraba en una estación del Metro. La demandada alegó que había contratado un servicio privado de seguridad y era responsable de las lesiones el empresario a quien se le había encomendado el cumplimiento del contrato de transporte. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (*L. F. R. S.*)

DERECHO PROCESAL

97. Recurso extraordinario por infracción procesal: vulneración de los derechos de asociación política y a participar en funciones públicas.—El recurso extraordinario por infracción procesal únicamente puede ser admitido por infracción de reglas sobre jurisdicción y competencia; por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso determinantes de nulidad o de indefensión; por infracción de las normas procesales que regulan los actos y garantías procesales y, finalmente, por la vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 CE. Por ello, no puede interponerse este proceso para denunciar las irregularidades cometidas en la tramitación de un expediente disciplinario de un partido político, por tratarse de un procedimiento que no posee carácter judicial. La tutela judicial es, pues, un derecho de prestación que sólo puede ser reclamado de jueces y tribunales ordinarios integrantes del poder judicial. De igual forma, tampoco puede ser alegada por este cauce la vulneración de los derechos constitucionales de asociación política y a participar en funciones públicas, porque de admitirse tal posibilidad podrían burlarse los derechos límites establecidos por el ordenamiento jurídico para la admisibilidad del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es el cauce adecuado para invocar la vulneración de derechos fundamentales en relación con las sentencias. (**STS de 16 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor interpone demanda a través del cauce de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, con el objetivo de que se deje sin efecto la sanción de suspensión de militancia que le había sido impuesta por el Partido Popular, al que pertenecía. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Posteriormente esta sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante. (*M. C. C. M.*)

