

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 IV
Octubre-diciembre, 2010

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



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.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, pretende la puesta al día del Derecho de Obligaciones contenido en el decimonónico Código civil español, pretensión totalmente concorde con lo que ha sucedido y está sucediendo en todo nuestro entorno jurídico. En esta línea, la Propuesta contiene abundantes normas relativas a la fase previa a la celebración del contrato, referidas básicamente a los deberes existentes en este periodo, a las consecuencias de la ruptura de las negociaciones contractuales, a la violación del deber de confidencialidad en el periodo precontractual, a la relación entre la violación de aquellos deberes y la validez del contrato, así como a los remedios disponibles en tales supuestos.

El objeto de este artículo es realizar un primer acercamiento a esas normas, exponer sus fuentes de inspiración, algunos de los principales problemas que pueden plantear, tratar de avanzar algunas soluciones y, en la medida en que estamos ante una Propuesta, sugerir algunos cambios en los textos que puedan ayudar a su mejora.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual, culpa in contrahendo, buena fe precontractual, ruptura injustificada de las negociaciones, ruptura del deber de confidencialidad, validez e invalidez del contrato, remedios ante el incumplimiento.

ABSTRACT

The Proposal of the Civil Section of the «Comisión General de Codificación» aims to reform the Law of Obligations of the Spanish Civil Code enacted in the 19th century. Amongst others the Proposal contains several enlightening rules about the formation of a contract and the pre-contractual phase, particularly about the legal duties that apply during negotiations, the breakdown of negotiations and the remedies in case of mistake, fraud and provision of incorrect information to the other party. Most of these set of rules are inspired in the most important texts of the modern Law of Obligations, like the Principles of European Contract Law (PECL) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

The purposes of this paper are to introduce these provisions, to explain the main subject matters related to them and to establish some interpretative criteria that could be useful in order to balance the general principles of freedom of contract (freedom from contract) and good faith.

KEY WORDS

Precontractual liability, culpa in contrahendo, good faith and fair dealing, negotiations contrary to good faith, breach of confidentiality, validity, remedies for non-performance.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Responsabilidad en el curso de las negociaciones.*–III. *Responsabilidad por incumplimiento de los deberes precontractuales cuando el contrato se ha llegado a celebrar.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es realizar un primer análisis de la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el punto relativo a la responsabilidad que surge por la violación (o el incumplimiento) de los deberes dimanantes de la fase anterior a la celebración del contrato o periodo precontractual, incumplimiento que puede o no proyectarse en el contrato según éste se llegue o no a celebrar.

Esta materia está prácticamente ausente en el Código civil vigente en el que se da muy poca importancia a la fase precontractual. Hasta hace apenas unas décadas tampoco era objeto de espe-

cial preocupación doctrinal en nuestro país, tendencia que sin embargo puede decirse sin temor a equivocarse que cambió a partir de los años ochenta¹.

Según la Exposición de Motivos de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada por la Comisión General de Codificación en 2009, dos son sus finalidades básicas: (1) tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren; (2) buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como éstos son concebidos hoy. Creo que ambas finalidades se alcanzan de manera paradigmática en el tema objeto de esta contribución. La importancia de la fase que precede a la celebración del contrato y el conjunto de deberes que competen a las partes inmersas en este proceso (sobre todo el deber de información) ha crecido de manera exponencial en los últimos decenios, como demuestra el aumento espectacular de las normas que, tanto a nivel internacional y comunitario como estatal, se refieren precisamente a esta etapa de la vida del contrato. Estas normas tienen bastantes puntos en común que también comparten las ahora incluidas en la Propuesta. Para su análisis dividiré el trabajo en dos partes: (1) el supuesto de negociaciones que se agotan en sí mismas; (2) el supuesto en el que, a pesar de la infracción de los deberes precontractuales, el contrato se llega a celebrar.

II. RESPONSABILIDAD EN EL CURSO DE LAS NEGOCIACIONES

El capítulo II del Título II (De los contratos) del Libro IV del CC se rubrica en la Propuesta «De la formación del contrato». Tiene nada menos que siete secciones y más de veinte artículos (del 1245 al 1268), lo que prueba la entidad de la preocupación que siente ahora el prelegislador por esta etapa de la vida contractual.

Trataré de detenerme con un cierto pormenor en el primero de los artículos de este capítulo, esto es, el 1245, que constituye la

¹ Precedentes en trabajos de DE COSSIO, A. *El dolo en el Derecho civil*, 1955, o de ALONSO, M. «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859-922. Posteriormente, MANZANARES, A. «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, pp. 687-748; «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC*, 1985, pp. 979-1004; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, 1989; GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, 1991; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, 1994.

Sección primera y se rubrica «De las negociaciones». Su contenido es el siguiente:

«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, 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.»

No cabe duda que este precepto se inspira directamente en los PECL o Principios Lando, que en su artículo 1:201 consagra entre las disposiciones generales el principio de buena fe cuando afirma en su párrafo primero

Artículo 1:102: Libertad contractual

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

Posteriormente, bajo la rúbrica «Responsabilidad por negociaciones», la Sección 3 del Capítulo 2 de los PECL incluye dos artículos que respectivamente se denominan «negociaciones contrarias a la buena fe» (art. 2:301) y «ruptura de la confidencialidad» (art. 2:302). En virtud del precitado artículo 2:301

(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.

Por su parte, como se ha dicho ya, el artículo 2:302 PECL contiene lo que algunos consideran una regla especial de c.i.c relativa a la violación de los deberes de confidencialidad cuando señala:

«Si en el curso de unas negociaciones, una de las partes facilita 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 pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte.»

Aunque reitero que me parece evidente la inspiración del artículo 1245 de la Propuesta en estos preceptos de los PECL, no se debe desconocer que en otros instrumentos normativos del moderno Derecho de contratos existen normas muy semejantes a las que se acaban de reproducir. Baste mencionar, sin ánimo de exhaustividad, los artículos 2.1.15 y 2.1.16 de los Principios Unidroit² y, dentro del ámbito académico, los artículos II.-3:301 y II.-3:302 y II.-3:501 del DCFR. Por tanto, es bien claro que el artículo 1245 de la Propuesta se sitúa en la línea del moderno derecho contractual europeo e internacional³.

² En el artículo 2.1.15, bajo la rúbrica «*Negociaciones de mala fe*» se dice:

(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.

Por su parte, según el artículo 2.1.16, rotulado «*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.

³ También en el ámbito interno. Destacable es la inserción en 2002 del § 311 BGB de la normativa de *culpa in contrahendo*, hasta entonces de elaboración doctrinal y desarrollo jurisprudencial, con una calificación de la relación como obligatoria y extendiendo la disciplina a los terceros, distintos de los futuros contratantes que intervienen en los tratados o en la conclusión del contrato (GARCÍA RUBIO M. P./OTERO CRESPO M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret*, abril 2010, disponible en <http://www.indret.com>). El reflejo legal de la responsabilidad precontractual también puede producirse en breve en Francia: limitándonos ahora a la fase negociadora, según los artículos 21 y 22 del *Projet de Reforme du Droit des Contrats*, presentado por el Ministerio de Justicia francés en julio de 2008, «*L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. // La conduite ou la rupture fautive de ces négociations*

Trataremos brevemente de analizar su forma y su contenido a fin de poner de relieve algunos de los problemas más interesantes entre los que suscita.

Desde el punto de vista de su estructura, el artículo 1245 de la Propuesta comienza por proclamar en su párrafo primero el principio de libertad contractual, específicamente referido a la libertad de entablar y romper las negociaciones, para establecer en el párrafo segundo el límite a esa libertad que representa la buena fe, también aquí ubicada en la fase precontractual. Aunque con toda probabilidad no es esta la ocasión para analizar la relación entre dos principios básicos del moderno derecho contractual, al menos en el ámbito continental⁴, lo cierto que es que proyectan su valor informador en todo el derecho de contratos, por lo que tal vez podría valorarse la conveniencia de expresarlos con carácter general dentro de las Disposiciones Generales del Capítulo I de la Propuesta, como hacen los Lando y los Unidroit, lo que les daría fuerza irradiante también para la fase precontractual.

En cualquier caso, lo que me interesa destacar aquí es que, incluso desde los planteamientos de la economía de mercado más estrictamente liberal, el principio de libertad contractual está limitado, o mejor, se contrapone en el sentido señalado por Canaris⁵, al principio de buena fe, el cual actúa de modo imperativo. En este

oblige son auteur à reparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La faute est notamment constituée lorsque l'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans intention de parvenir à un accord // Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu»; «Indépendamment de toute rupture, celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle». Ya con anterioridad, el *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, presentado en 2005, conocido como Avant-projet Catala, contenía tres disposiciones (arts. 1104, 1104-1 y 1104-2) sobre la fase de negociaciones (CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation Française, 2006, p. 84). Para una perspectiva comparada muy interesante, CARTWRIGHT, J./HESSELINK, M., *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008.

⁴ La inexistencia de un principio general de buena fe en la fase precontractual en los sistemas del *common law* es opinión general, si bien cada vez más matizada, que sin embargo no impide la existencia de particulares responsabilidades para cubrir algunos eventos propios de la fase precontractual (GARCÍA RUBIO M. P./OTERO CRESPO M., *La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo*, 2010, y doctrina allí citada).

⁵ Pertenece a la esencia misma de los principios generales del derecho el entrar frecuentemente en conflicto los unos con los otros y empujar a soluciones contrapuestas cuando cada uno de ellos se toma por sí solo. Por consiguiente, ha de alcanzarse un compromiso con arreglo al cual se asigne a cada principio un determinado ámbito de aplicación, de forma que se limiten recíprocamente sin romper la coherencia del sistema. Por ello, el autor germano distingue entre contraposiciones y contradicciones de principios y señala que la expresión contradicciones entre principios debe reservarse para las auténticas contradicciones, esto es, las contradicciones valorativas que dañan la coherencia y unidad internas del ordenamiento jurídico, su armonía, y que, por tanto, deben ser en lo posible, evitadas o eliminadas (CANARIS, C. W., *El sistema en la Jurisprudencia*, 1998, pp. 151-152).

sentido no sobraría en la Propuesta una referencia, como la que se hace en el II.-3:301 (2) DCFR, en el que expresamente se dice que «*A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract*»⁶.

Siguiendo con los aspectos estructurales, tal vez sea preferible seguir la senda de los textos comparados y colocar el supuesto de ruptura de las negociaciones de forma contraria a la buena fe antes que el de ruptura de la confidencialidad o incluso, como se hace también en estos textos, situar este último caso en un precepto separado, toda vez que, como se verá posteriormente, puede que las consecuencias jurídicas de una y otra ruptura no sean idénticas. Además, a mi entender, existe una cierta reiteración entre el contenido del punto primero del párrafo 4 de este artículo 1245 y los párrafos 2 y 5: el supuesto de entablar o interrumpir las negociaciones con mala fe es un caso claro de actuación contraria a la buena fe del párrafo 2 y la responsabilidad por daños ya se contiene con carácter general en el párrafo 5. A mi juicio, el contenido normativo del precepto sería el mismo si desapareciese este punto primero del párrafo 4.

Desde el punto de vista del contenido del artículo 1245 de la Propuesta, lo primero que hay que destacar es que la regla general sería que no existe responsabilidad por la ruptura de las negociaciones producida antes de llegar a un acuerdo, al menos que esa ruptura haya sido contraria a la buena fe. La cuestión estará pues en decidir cuándo se ha producido esa contrariedad. El precepto no impide, a falta de otro tipo de acuerdos, la realización de negociaciones paralelas, circunstancia que se considera perfectamente racional desde el punto de vista económico. Lo que sí se señala como situación particular contraria a la buena fe en el punto segundo del párrafo 4 es la de entrar o continuar negociaciones sin intención de alcanzar un acuerdo, si bien debe subrayarse que hay otras posibles actuaciones calificables como de mala fe, como el inducir dolosa o negligentemente a error en la otra parte sobre las características o términos del contrato o como, en general, la violación de deberes de información, situaciones sobre las que nos detendremos posteriormente.

Volviendo al marco de la ruptura de las negociaciones, cabría preguntarse si existe o no un punto a partir del cual ya no es posible apartarse de ellas. Parece que la propia autonomía de la voluntad

⁶ Esta imperatividad no está tan clara en los Principios Unidroit; en contra, KLEINHEISTERKAMP, J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, VONGENAUER, S./KLEINHEISTERKAMP, J., ed. 2009, pp. 300-301.

de las partes negociadoras puede limitar la libertad de ruptura⁷, e incluso dentro de los preceptos de la Propuesta de modernización existen algunas limitaciones de origen legal: así, cuando la formación del contrato se produce a través del mecanismo de la oferta y la aceptación, el artículo 1248 establece la irrevocabilidad (y la imposibilidad de retirada) de la oferta (que ya ha llegado al destinatario) en una serie de casos. Pero incluso fuera de estas situaciones, en algunos ordenamientos, como el holandés, llega un momento en el que las partes dejan de tener libertad para romper las negociaciones⁸. Este punto de no retorno, que se va alcanzando de manera gradual, depende de las circunstancias del caso, en particular de la medida en que la otra parte, teniendo en cuenta la conducta de la primera, tenga razones para confiar en el resultado positivo de las referidas negociaciones, así como el número de temas relativos al futuro contrato sobre los que las partes ya han llegado a un acuerdo.

No parece que, ni *lege data* ni *lege ferenda*, ésta sea la solución más adecuada para el Derecho español, en el que sin embargo tampoco se sigue la tesis más liberal a la hora de romper las negociaciones propia de los sistemas del *common law*⁹. La relativamente

⁷ Como ha señalado recientemente DÍEZ-PICAZO, L., «La existencia del contrato», *AAMN*, 2009, núm. 39, pp. 179-194 (en adelante 2009b), la especial complejidad que han ido adquiriendo muchas negociaciones conlleva que no sea raro que, sobre todo en negociaciones de especial importancia las partes prefieran regular por sí mismas esa fase de negociación, en lugar de remitirla al albur de un Derecho legal inexistente o escaso. Dentro de estos acuerdos propios de la fase preliminar, de muy diferentes tipos, cabe destacar las llamadas cartas de intenciones, en las cuales las partes se ponen de acuerdo exclusivamente sobre determinados puntos de una negociación que queda abierta. En ellas las partes se comprometen a negociar, a desarrollar la negociación de acuerdo con los criterios de buena fe, a no llegar a cabo negociaciones paralelas con terceras personas, a mantener una absoluta confidencialidad sobre las informaciones que se han recibido y a algunos otros extremos parecidos (DÍEZ-PICAZO, L. 2009b, p. 186).

⁸ Según los tribunales holandeses (el *leading case* es de 1982, *Plas/Valburg*) (CARTWRIGHT, J./HESSELINK, M., 2008, p. 46) el proceso negociador puede delimitarse en tres fases o estadios: en la primera fase los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrará, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato (GARCÍA RUBIO, M. P./OTERO CRESPO, M., 2010). Sin embargo, tanto la doctrina holandesa como la jurisprudencia más reciente en los Países Bajos tienden a limitar el alcance de la doctrina dominante del caso *Plas/Valburg* (CARTWRIGHT, J./HESSELINK, M., 2008, pp. 48-49).

⁹ Por ejemplo, el Derecho inglés que desconoce la categoría de la responsabilidad precontractual y parte de la idea de que el riesgo de que una parte rompa las negociaciones antes de haber llegado a un acuerdo se considera «*business loss*», y por tanto en principio no habría responsabilidad por su ruptura. Debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho ya,

escasa jurisprudencia española existente en la materia parece considerar que el hecho de entrar en negociaciones con alguien e, incluso, el de llegar a un grado avanzado en ellas, no implica el deber de alcanzar un acuerdo, de suerte que la libertad contractual incluye también la libertad de apartarse de las negociaciones en cualquier fase en que éstas se encuentren¹⁰. Cabe decir, no obstante, que las decisiones del Tribunal Supremo existentes hasta la fecha no son un referente seguro para establecer pautas claras de responsabilidad por ruptura de tratos, pues en ocasione sencillamente la niegan¹¹, mientras que en otras parecen atisbarla con cierta timidez¹², si bien tampoco aciertan a dejar claros sus presupues-

el principio de «buena fe» no se reconoce como tal en el *common law*, de tal manera que no existe ninguna obligación de comportarse durante las negociaciones con arreglo a sus dictados. El *leading case* en este punto es el ya citado caso *Walford v. Miles*, en el que Lord Ackner afirma: «*Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact, in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms [...]. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason*». No obstante, tanto la literatura jurídica posterior, como la jurisprudencia se muestran insatisfechos con la rigidez del planteamiento de la sentencia (CARTWRIGHT, J./HESSE-LINK, M., 2008, p. 467). Con todo, precisamente por lo restrictivo de los supuestos de responsabilidad por ruptura, lo frecuente en el Derecho inglés es que las partes que deseen protegerse frente a los riesgos de una posible ruptura de negociaciones, sobre todo en el caso de los profesionales, celebren acuerdos destinados a asegurar el reembolso de los gastos para el caso de que el contrato no sea finalmente celebrado (GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, 2010 y doctrina allí citada).

¹⁰ Entre otras, STS de 3 de junio de 1998 (RJ/1998/3715), en la que existía además un «acuerdo de intenciones». Muy interesante, la STS (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 1988, (RJ/1998/2372) en un supuesto en el que se trataba de la negociación de un convenio colectivo en el sector aéreo. Los sindicatos reclamantes sostienen que, a pesar de que no se había firmado el texto final, se había llegado a acuerdos parciales vinculantes. El Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Nacional que había aceptado ese planteamiento y estima que «... en un proceso negociador se van produciendo acuerdos parciales de esa finalidad..., pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores...». Para CARRASCO PERERA, A., «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad en contrahiendo y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», AC, núm. 21, abril 2006, ib 2005/2648, ésta es sin duda la sentencia más importante producida en el Derecho español sobre los tratos preliminares.

¹¹ Como en el supuesto de la STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ/1989/8824), al estimarse que se pide la indemnización por incumplimiento de un acuerdo que todavía no existía.

¹² STS de 3 de junio de 1994 (RJ/1994/4576) y STS de 19 de julio de 1994, (RJ/1994/6698), en las que tampoco se estima la responsabilidad por incumplimiento de un presunto precontrato, pero en las que *obiter dicta* se afirma que «la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un precontrato, puesto que, también cabe en casos excepcionales que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato» (el énfasis es añadido). En la STS de 25 de abril de 2008, (RJ/2008/1994), se desestima la demanda porque «no se pasó de conversaciones preliminares o actos previos al contrato de compraventa», pero no se había pedido la responsabilidad por ruptura, sino el cumplimiento del contrato que no se probó que hubiera sido celebrado. En la STS de 15 de junio 2009 (RJ/2009/3394) el alto tribunal no estima la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares (*sic!*) al considerar que ni siquiera existía causalidad material entre los tratos y la producción del daño.

tos¹³. En su descargo se debe reconocer que la especial complejidad que adquieren las negociaciones en algunos casos hace muy difícil la determinación del momento en el que se produce el tránsito entre esta fase puramente negociadora y el genuino acuerdo contractual, siendo este segundo momento al cual, en general, apela al menos de una de las partes en su reclamación judicial¹⁴.

Retornando al texto del artículo 1245 de la Propuesta, y pasando a considerar las consecuencias jurídicas de la ruptura de tratos contraria la buena fe, el párrafo 4 señala que la parte que haya procedido de mala fe «será responsable de los daños causados a la otra» y, con carácter general, conforme al párrafo 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 (ruptura de tratos), la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones».

Viene siendo un lugar común en la literatura jurídica el señalar que la indemnización debida por ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe alcanza al interés en la confianza o interés negativo, que coloca al dañado en la misma situación en la que estaría de no haber iniciado las negociaciones, de suerte que no le corresponde (con algunas excepciones como las mencionadas para el caso holandés) ni la imposición del contrato ni la indemnización por el interés positivo o interés derivado de la celebración y posterior cumplimiento del contrato frustrado¹⁵. Esto es precisamente lo que recoge nuestra Propuesta. Ocurre, sin embargo, que no existe acuerdo a la hora de considerar qué queda incluido y qué no dentro de ese interés negativo. Desde luego que lo están los gastos realizados por la parte perjudicada con vistas a la celebración del contrato frustrado, pero queda por ver si también lo estarían, por ejemplo, las pérdidas de otras oportunidades de contratar¹⁶. Por la afirmativa se pro-

¹³ Por ejemplo, estima que la conducta ha de ser negligente para que surja la responsabilidad la STS de 16 de diciembre de 1999, (RJ/1999/8978) si bien considera que esa negligencia «está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral....». En la STS de 14 de junio de 1999, (RJ/1999/4105) no se aprecia responsabilidad por ruptura al considerar que la parte perjudicada lo fue por precipitación o por propia negligencia, sin que el otro hubiera hecho nada desleal para inducirla.

¹⁴ Sobre la dificultad de determinar en muchos casos el momento en el que comienza a existir un contrato, DÍEZ-PICAZO, L., 2009b, pp. 179-194.

¹⁵ GARCÍA RUBIO, M. P., 1991, pp. 230 ss. Sobre el concepto y alcance de las figuras de los llamados «interés positivo» e «interés negativo», véase en fechas recientes la impresionante monografía en dos volúmenes de MOTA-PINTO, P., *Interesse contratual negativo e interesse contractual positivo*, Coimbra Editora, 2008.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., 2009b, p. 187, señala que la responsabilidad precontractual por desistimiento injustificado de las negociaciones comprende el interés negativo, es decir, el deber de dejar a la otra parte en la misma situación en que se hubiera encontrado si no hubiera iniciado la negociación, aunque algunos autores entienden que en la responsabili-

nuncian entre otros los comentaristas de los PECL¹⁷ o de los Principios Unidroit¹⁸, respuesta que también parece primar en el Derecho italiano, aunque no, por ejemplo, en el francés¹⁹. En nuestro Derecho, el Profesor Díez Picazo se ha pronunciado expresamente por la indemnización de los gastos efectivamente realizados, pero sin incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar²⁰, si bien más recientemente ha matizado su postura²¹. En mi opinión, el interés negativo incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero²², si bien he de reconocer que con ello queda abierta la cuestión de decidir qué tipo de oportunidades han de ser estas alternativas y, en definitiva, si a la postre no se está reconociendo así un resarcimiento integral o por el interés positivo, aunque sea por una vía oblicua²³. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias –la carga incumbe al lesionado–, para demostrar su existencia efectiva y no sustentada por meras conjeturas de esas otras oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba de todos los lucros cesantes.

Pasamos ahora a considerar la ruptura del deber de confidencialidad, también presente como veníamos en el texto del artícu-

dad precontractual por apartamiento injustificado de las negociaciones puede existir también responsabilidad por la pérdida de una mejor ocasión de contratar.

¹⁷ LANDO, O./BEALE, H. (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts. I y II*, 2000, p. 191. Parece que, en contra, excluyendo cualquier otro elemento distinto de las pérdidas sufridas y en particular el lucro cesante se manifiesta, DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 199.

¹⁸ KLEINHEISTERKAMP, J., 2009, p. 302, pone de relieve la diferencia entre el tenor del artículo 2:301 de los PECL, que declara responsable a quien rompe las negociaciones de forma contraria a la buena fe y la lealtad, y el artículo 2.1.15 de los Principios *Unidroit* que exigen explícitamente que se rompan o interrumpan las negociaciones de mala fe, lo cual implica una actuación manifiestamente deshonesta o vejatoria para que surja la responsabilidad.

¹⁹ Es la postura de la sentencia *Cour de Cass*, de 26 de noviembre de 2003, al estimar que no existía nexo causal entre la ruptura y la pérdida de oportunidad de celebrar el contrato con otra persona, si bien en otras ocasiones el alto tribunal apreció la indemnización de estas pérdidas de oportunidad, lo que es considerado más acertado por la doctrina gala (GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, 2010).

²⁰ DÍEZ-PICAZO, L. et al., 2002, p. 199. La tesis más restrictiva que limita la indemnización a los gastos efectivamente realizados y constatados es la mantenida en Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura de tratos en la contratación pública; así, por ejemplo, STS de 2 de julio de 2004, (RJ/2004/5226) y STS de 10 de octubre de 2006, (RJ/2006/7649).

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., 2009b, p. 190, afirma que aunque se trate de una cuestión discutida y no bien resuelta, ha de entenderse que el interés negativo comprende también el lucro cesante o la ventaja que la parte perjudicada hubiera podido obtener si como consecuencia de la negociación emprendida, hubiera perdido otra ocasión más ventajosa de contratar.

²² GARCÍA RUBIO, M. P. 1991, pp. 232-233; GARCÍA RUBIO, M. P. «Nota sobre el Derecho español, a la sentencia de la *Cour de Cass*, 26.11.2003. Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations», 3 *ERPL*, 2005, pp. 443-447, espec. p. 451.

²³ Como parece considerarlo MOTA-PINTO, P., 2008, p. 1186.

lo 1245 de la Propuesta, en Lando, en los Unidroit y en el DCFR. Según el párrafo 3 del artículo 1245 «*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*».

El supuesto se refiere a la información facilitada con carácter confidencial, luego la regla es de nuevo una regla de libertad: la de tratar la información recibida de la otra parte conejociadora como no confidencial. Ahora bien, si la información recibida se ha suministrado expresa, implícita o tácitamente con el carácter de confidencial, lo que puede depender, entre otras cosas, de la naturaleza y fin del contrato, el carácter de la información (listas de clientes, estrategias comerciales, etc.), o las características de los sujetos destinatarios de la información (potenciales competidores, por ejemplo)²⁴, el otro solo puede revelarla o utilizarla para sus propios fines en la medida en que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. A pesar de este tenor literal, creo que no llegándose a celebrar ningún contrato, la información dada como confidencial en el curso de las negociaciones no puede revelarse ni utilizarse en ninguna medida, suponiendo lo contrario un caso concreto de actuación contraria a la buena fe²⁵, que incluso puede llegar a ser delictivo²⁶. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que se haya celebrado un acuerdo expreso de confidencialidad que también prevea las consecuencias de su incumplimiento, lo que ni mucho menos es infrecuente en determinadas transacciones comerciales de relevancia económica, planteándose entonces una situación de genuina responsabilidad contractual.

Respecto al alcance de la indemnización en este caso, el artículo 1245 de la Propuesta resulta un poco oscuro. La primera parte

²⁴ El II.-3:302 del DCFR (2) define lo que es «información confidencial» a los efectos del precepto, entendiendo por tal la que por su naturaleza o las circunstancias en las que ha sido obtenida la parte que la recibe sabe o podría razonablemente saber que es confidencial para la otra.

²⁵ Además de un acto de competencia desleal en los términos del artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal, según el cual «*Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14*». Que el precepto es aplicable también en la fase previa a la celebración del contrato no admite dudas, sobre todo tras la introducción en la propia Ley de Competencia Desleal por obra de la Ley 29/2009 de un párrafo 3 en el artículo 2, en el que expresamente se la declara aplicable «... a cualesquier actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no».

²⁶ El artículo 279 del Código Penal tipifica la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente deber de guardar reserva.

del párrafo 5 señala que «*La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*», pero la segunda parte que limita la indemnización al interés negativo se refiere explícitamente al «*supuesto del apartado anterior*», es decir, al de ruptura de tratos. Debe destacarse que los textos inspiradores a los que venimos aludiendo contienen una regla especial para este caso que no está explicitada en nuestra Propuesta. Así, en el artículo 2:302 PECL «... *la inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte*», de suerte que establece el derecho a un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que es asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados²⁷, aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño²⁸. Por su parte, el artículo 2.1.16 de los Principios Unidroit también señala que «*la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio obtenido por la otra parte*». Finalmente, el artículo II.3.-302 del DCFR recoge en sus párrafos (3) y (4) las consecuencias de la ruptura del deber de confidencialidad, señalando respectivamente que cuando una parte razonablemente anticipa que la otra va a romper el deber de confidencialidad puede obtener una orden prohibiendo la comunicación pública y además, que quien efectivamente lo rompe ha de pagar una indemnización por todos los daños causados por la violación del deber y puede ser obligado a resarcir a la otra parte con cualquier beneficio obtenido por esa misma razón.

No deja de ser sorprendente que la Propuesta no incluya esta regla de restitución de beneficios que también es reconocida en ordenamientos como el alemán²⁹ o en el derecho norteamericano³⁰. Más si se tiene en cuenta que en las relaciones entre ciertos empresarios este tipo de violaciones muchas veces pueden llegar a implicar la devaluación de la propiedad industrial de la parte agravada³¹ que verá así mermada en gran medida su inversión en inves-

²⁷ DÍEZ-PICAZO et al., 2002, p. 200; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol I, 2007, p. 314.

²⁸ LANDO et al., 2000, p. 194.

²⁹ HAGER, J., «Die culpa in contrahendo in the UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts aus der Sicht des deutschen Bürgerlichen Rechts», *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Herausgegeben von Jürgen Basedow, 2000, pp. 67-84, espec. p. 78.

³⁰ KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Wolters Kluwer, 2010, p. 98.

³¹ Sería un beneficio por intromisión en derecho ajeno, que se produce cuando a una persona le afluieren valores patrimoniales que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida de bienes ajenos protegidos mediante derechos normalmente de carácter absoluto sobre los que existe lo que la doctrina denomina «monopolio de explotación» (*vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., «R^{es}titución de beneficios obtenidos por

tigación³², razón por la cual el fundamento restitutorio del beneficio obtenido no parece descabellado. Por añadidura debe considerarse que el remedio indemnizatorio puede ser en ocasiones insuficiente, por ejemplo, porque el cálculo de los daños efectivamente causados en este tipo de casos puede resultar muy difícil o porque incluso pueden existir casos de ruptura del deber de confidencialidad en los que no quepa apreciar la existencia de daños en sentido estricto o en los que éstos sean muy inferiores al enriquecimiento de la otra parte.

Todo ello hace aconsejable a mi juicio una modificación de esta regla de la Propuesta para que se incluya la posible restitución de los beneficios obtenidos por la otra parte³³ que si bien es cierto que está recogida en el artículo 32.6 de la Ley de Competencia Desleal, lo hace en unos términos acaso excesivamente restrictivos para que queden amparados todos los casos mercedores de ello³⁴. A mayores, conviene recordar que en el Derecho español, de darse los presupuestos de ambas, la acción de enriquecimiento por intromisión y la de responsabilidad por daños extracontractuales son, a juicio de la doctrina más abundante, independientes pero compatibles y acumulables³⁵, siempre que tal acumulación no produzca a su vez enriquecimiento del inicialmente perjudicado.

En otro orden de cosas me permito llamar la atención sobre dos cuestiones concretas sobre las que no se pronuncia el precepto de la Propuesta que venimos analizando, a pesar de que ambas tienen interés para nuestro Derecho interno³⁶: en primer término, la refe-

intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», *Derecho de daños*, 2009, pp. 79 ss, espec., p. 91).

³² Como señala KLEINHEINSTERTKAMP, J., 2009, pp. 308-309; este mismo autor considera que el beneficio obtenido consistirá en el ahorro de los costes de investigación y desarrollo en los casos en los que se haya utilizado la información procedente de la otra en beneficio propio.

³³ Lo que sería coherente con la idea expresada por DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, p. 114, según la cual cuando el daño deriva de la utilización y explotación de bienes y derechos ajenos, el autor del ilícito no debe restaurar sólo el menoscabo patrimonial producido en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sino que debe restituir todo el valor obtenido por él.

³⁴ Puesto que el precepto citado prevé que la acción de enriquecimiento injusto sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico, siendo así, que como ya se ha reconocido en la SAP Navarra de 10 de junio de 1998 (AC/1998/1455) «En el ámbito empresarial, además de los derechos exclusivos mencionados, existe una serie de conocimientos, informaciones, técnicas o ideas que por su valor competitivo recibe o debe recibir un cierto amparo o protección del ordenamiento jurídico en aras de fomentar la investigación, el progreso y, en definitiva, la competitividad, que resulte indispensable para un aceptable funcionamiento de la economía de mercado».

³⁵ GARCÍA RUBIO, M. P., 2009, pp. 93 ss. Respecto concretamente a la posibilidad de acumular ambas acciones, DÍEZ-PICAZO, L., 2007, p. 123.

³⁶ No así en otros donde, como sucede en Dinamarca, resulta irrelevante para su sistema de daños la naturaleza de su ubicación contractual o extracontractual (CARTWRIGHT J./HESSELINK, M., 2008, pp. 457).

rente a la naturaleza contractual o extracontractual –o incluso un *tertium genus*– de la responsabilidad que nos está ocupando en estas líneas; en segundo, la posible responsabilidad de terceros en los supuestos de responsabilidad por ruptura de negociaciones o del deber de confidencialidad.

Respecto de lo primero se debe destacar que aunque sistemas tan relevantes como el alemán incluyen la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en sede contractual, incluso expresamente tras la reforma del parágrafo 311 del BGB, creo que el ordenamiento español, como en general los latinos, incardinan este tipo de supuestos dentro de la responsabilidad extracontractual. A primera vista parece ser ésta también la calificación autónoma dada a la responsabilidad precontractual en el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)³⁷, cuando en el artículo 12, bajo la prístina denominación de «*culpa in contrahendo*»³⁸ recoge «*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*»³⁹, estableciendo así un curioso puente entre su inserción en el Reglamento Roma II y el contrato frustrado (o en su caso celebrado), que queda refrendado también en el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴⁰.

La segunda de las cuestiones apuntadas se refiere a la responsabilidad de un tercero por la ruptura de tratos o del deber de confidencialidad. Se trata de un tema que ha comenzado a proliferar en la doctrina y jurisprudencia comparadas⁴¹ y que ahora tiene un reflejo expreso en el tercer párrafo del parágrafo 311 del BGB, cuando señala: «*una relación obligatoria con deberes*

³⁷ DOCE de 31 de julio de 2007.

³⁸ Señala ARENAS GARCÍA, R., 2008, «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II», *Indret*, disponible en <http://www.indret.com>, pp. 1-27., espec. p. 4, que la expresión *culpa in contrahendo* se utiliza en las versiones española, inglesa, francesa, italiana y portuguesa, mientras que en la versión holandesa el término utilizado es el de responsabilidad precontractual y en la alemana la expresión es «*culpa por negociaciones contractuales*».

³⁹ El párrafo segundo contiene una serie de normas subsidiarias para el caso de que la ley aplicable no pudiera determinarse mediante el apartado 1.

⁴⁰ En concreto, a tenor del Cdo. núm. 10 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo «Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) n.º 864/2007. Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento».

⁴¹ Planteado por ejemplo en la sentencia *Cour de Cass*, de 26 de noviembre de 2003, ya citada.

según lo previsto en el § 241, apartado 2, puede producirse entre personas que no vayan a ser luego parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero reclama para sí una confianza especial y a través de ésta influye considerablemente en las negociaciones del contrato o en su perfeccionamiento»⁴². En cambio, a falta de norma expresa, en los derechos francés, italiano o español parece difícil considerar esa responsabilidad a menos que el tercero incurra en dolo o negligencia, pudiendo así ser reconducido a los presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

III. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES, CUANDO EL CONTRATO SE HA LLEGADO A CELEBRAR

Hasta ahora nos hemos detenido en el análisis de un precepto que hace alusión sobre todo a la responsabilidad precontractual que no deriva en la conclusión efectiva del contrato. Sin embargo, pueden existir y de hecho existen situaciones en las que la violación de los deberes dimanantes de la buena fe por parte de una de las partes en la etapa precontractual no impide que el contrato se llegue efectivamente a celebrar. Tales situaciones se producen principalmente en supuestos de violación del deber precontractual de información y derivan en contratos cuyo contenido no era realmente el querido por el otro contratante.

No existe en la Propuesta un precepto único que se refiera a las consecuencias jurídicas derivadas de este tipo de supuestos, lo que es común a los textos comparados a los que venimos haciendo referencia. Probablemente ello es así porque la complejidad tanto de los supuestos de hecho, como de sus consecuencias exige también respuestas normativas complejas.

Recientemente el Profesor Morales Moreno ha dicho que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual, canalizado a través del dolo (causal o incidental), el error o la *culpa in contrahendo*, con efectos también diversos, tratamiento que a su

⁴² El nuevo § 311 BGB supone un ejemplo especialmente significativo de la legalización del Derecho de creación judicial que se había ido elaborando por la jurisprudencia alemana a lo largo del siglo XX; en este caso en concreto, sobre la figura de la *culpa in contrahendo*. Así lo señalan, entre otros, VOGENAUER, S., 2006, pp. 627-663, espec. pp. 643-645. Destaca el enorme significado práctico de la figura, LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, ed. 6, Carl Heymanns, 2008, p. 63.

juicio no es el más adecuado cuando la información precontractual se proyecta sobre el objeto y el contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento, de suerte que estima que lo más razonable en estos casos es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad⁴³. Vamos a intentar desentrañar qué hace al respecto la Propuesta⁴⁴.

A primera vista se puede decir que la Propuesta de Modernización conjuga ambas perspectivas, la más clásica (vicios del consentimiento, anulación, indemnización del interés negativo) y la más moderna (contenido del contrato, responsabilidad contractual), aunque no sé si lo hace con la suficiente nitidez.

En efecto, en el capítulo IX del Título II relativo a la nulidad y anulación de los contratos, el artículo 1298 permite a la parte que padezca un error esencial en el momento de celebrar el contrato anular el contrato si concurre alguna de estas circunstancias: *1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuera contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció*⁴⁵.

Por su parte el artículo 1300.1 señala que «*Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento... mediante la ocultación maliciosa de alguna información que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado*»⁴⁶, añadiendo a continuación que para que haga anulable el contrato el dolo deberá ser grave (y no haber sido empleado por las dos partes contratantes) y que *el dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*, dos reglas que ya se recogen en el artículo 1270 del CC vigente y que ni mucho menos, especialmente esta última, ha servi-

⁴³ MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, p. 90.

⁴⁴ Lo que se pone de relieve en la literatura jurídica y en los textos comparados es que los deberes precontractuales de información y las consecuencias de su incumplimiento son objeto de preocupación creciente, como lo es la necesidad de situarlos en su marco propio que debe ir más allá de las tradicionales figuras de los vicios del consentimiento (sobre todo error y dolo).

⁴⁵ Hay además una tercera situación 3.º «*Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error*».

⁴⁶ Cf., con el tenor del artículo 1269 del CC vigente, que no hace referencia a la ocultación de información. El nuevo precepto se inspira claramente en el artículo 4.107 de los PECL, con lo que cabe decir, como respecto de éste, que la trascendencia de la falta de revelación de la información se coloca bajo el manto de su relación con la buena fe y la lealtad, de manera que existirá dolo negativo o dolo reticente, cuando la buena fe y la lealtad lo impongan, y no lo habrá en caso contrario (DÍEZ-PICAZO et alii, 2002, pp. 230-231).

do para generar una jurisprudencia clara sobre la indemnización debida en caso del que se llama dolo incidental⁴⁷.

No obstante ha de llamarse la atención sobre la nueva norma contenida en el primer párrafo del artículo 1301 de la Propuesta, norma que parte de una concepción del contrato alejada de la puramente liberal que está basada más en la idea de solidaridad de las partes que en la oposición entre ellas y claramente inspirada en el artículo 4:109 PECL⁴⁸. Según el citado artículo 1301 «*Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperience o falta de previsión*», hipótesis que permiten ampliar las posibilidades de anulación, algunas de las cuales pueden tener su origen en la fase precontractual.

Es de resaltar que en este ámbito la Propuesta sí incluye la situación en la que el incumplimiento de los hipotéticos deberes precontractuales (de información) haya sido provocado por un tercero, cuando en el artículo 1302 se señala que «*También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior, cuando hayan sido causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*»⁴⁹.

En cambio, no he reconocido en el texto de la Propuesta ninguna regla referida a la indemnización debida a la parte perjudicada como consecuencia de la anulación del contrato por cualquiera de las causas antedichas, más allá de la ya referida mención al caso de dolo

⁴⁷ Como ha puesto de manifiesto recientemente, DÍEZ-PICAZO, L., «Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental», ADC, 2009, (en adelante 2009a) pp. 1043 ss.

⁴⁸ Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta (1) *Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:*

(a) *dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperto o carente de capacidad negociadora, y*

(b) *la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta y obtuvo así un beneficio excesivo.*

(2) *A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.*

(3) *La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.*

⁴⁹ Inspirado en el artículo 4:111 PECL.

incidental⁵⁰. Esta referencia existe, por ejemplo, en los PECL, donde se reconoce para el caso de error la posibilidad de anulación y la indemnización del interés negativo [4:103 y 4:117 (1)⁵¹], y en el caso de dolo, la anulación (arts. 4:103 y 4:107) y la indemnización [4:117 (1)]; también se prevé para ciertos supuestos de error (doble error) la llamada «adaptación del contrato», de conformidad con el 4:105, cuestión sobre la que más adelante volveré⁵². Sobremanera se recoge la hipótesis en la que una de las partes haya concluido el contrato con informaciones incorrectas no constitutivas de error en el consentimiento, supuesto en el que sólo tendrá derecho a reclamar daños (4:106). Por lo que atañe a los Principios Unidroit, según el artículo 3.18, situado en sede de validez de los contratos bajo la denominación de «Daños y perjuicios» *«Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato»*. De modo hasta cierto punto similar se manifiesta el DCFR donde se establece que, se haya llegado o no a contratar, un profesional que ha incumplido sus deberes de información es responsable por los daños causados a la otra parte provocados por el mencionado incumplimiento [II.-3.109 (3)]; quedan además a salvo los remedios establecidos para el error ([II.-3.109 (4)].

La omisión de esta referencia en la Propuesta a la indemnización en caso de anulación del contrato por violación de la buena fe precontractual no significa que ésta no se produzca en nuestro Derecho, como ha reconocido el Tribunal Supremo en la ya conocida STS de 18 de enero de 2007⁵³, que con alguna exageración afirma que plantea por primera vez en la jurisprudencia una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo (¿?).

⁵⁰ El artículo 1306 de la Propuesta menciona únicamente los efectos restitutorios de la anulación, pero no los indemnizatorios.

⁵¹ Conforme al cual artículo 4:117: Daños y perjuicios «(1) *La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta».*

⁵² Recoge las críticas emitidas por miembros del *Acquis Group* al hecho de que este remedio se haya limitado al caso del doble error y no se haya generalizado en todo caso de incumplimiento de los deberes precontractuales de información, por resultar inoperante muchas veces el remedio indemnizatorio ante la dificultad de determinar el daño derivado de no haber contratado con la información debida, BASOZABAL, X., «En torno a las obligaciones contractuales de información», *ADC*, 2009, pp. 647-711, espec. pp. 678-679.

⁵³ RJ/2007/529, comentada por TOMÁS, G, «Damages for Fraud in Case of not Avoiding Contract», *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, 2008, pp. 65-75. Aún más reciente, DÍEZ-PICAZO, L., 2009a, pp. 1043 ss.

cual es el ejercicio de las acciones derivadas del dolo⁵⁴. Entiende el tribunal que ante éste caben tres tipos de situaciones: primero, la acción de anulación del contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios; segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios sin ejercitarse la acción de nulidad, que era precisamente lo pedido en el caso⁵⁵. Lo que no queda claro en nuestra jurisprudencia es el alcance de la indemnización debida que, como hemos anticipado, en la mayoría de los textos de referencia se limita en el caso de anulación del contrato al interés de la confianza o interés negativo. Sin embargo, nuestro TS en la reciente sentencia de 5 de mayo de 2009⁵⁶, en la que la actora reclama la nulidad del contrato por *dolo in contrahendo* y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, se concede la indemnización tanto de los daños emergentes, como la de los lucros cesantes, entre los que, no se si acertadamente, se incluyen las pérdidas derivadas de la frustración del negocio hasta que se produjo la posibilidad para la actora de llevar a cabo la inversión económica en otra zona, lo cual sin duda va más allá del llamado interés negativo.

Todo ello me anima a reclamar la conveniencia de que la Propuesta se pronuncie expresamente sobre la procedencia y alcance de la indemnización debida por responsabilidad precontractual que deriva en la anulación del contrato, siguiendo con ello una tradición del Derecho europeo continental que se remonta a los trabajos de Ihering sobre la c.i.c.

La última hipótesis que nos tenemos que plantear es aquélla en la que, a pesar de la existencia de violaciones de los deberes precontractuales por uno de los implicados constitutivas de responsabilidad, el contrato se ha celebrado y además se mantiene porque el legitimado no quiere o no puede desvincularse de él⁵⁷ a pesar de que

⁵⁴ Señala DÍEZ-PICAZO, L., 2009a, p. 1044, que no es fácil saber si es verdad o no que se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones derivadas del dolo civil; añade también que el tratamiento doctrinal al que se refiere la sentencia es el trabajo de Alfonso DE COSSIO sobre *El dolo en el Derecho civil*, publicado en 1955.

⁵⁵ La argumentación utilizada para estimar que existen las tres posibilidades se basa tanto en la inexistencia de norma que las excluya, como en la analogía con lo previsto en el artículo 1124 CC en materia de resolución de los contratos, donde se admiten como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento. Aunque sea discutible la necesidad de utilizar tal recurso a la semejanza relevante con el supuesto de resolución, existiendo otras posibilidades como la interpretación extensiva del artículo 1270.2 CC, lo cierto es que la respuesta dada en la sentencia es, a nuestro juicio, adecuada.

⁵⁶ RJ/2009/2907. Comentada por QUICIOS MOLINA, S., CCJC, núm. 82, pp. 351-377.

⁵⁷ V.gr: porque el vicio no tiene la suficiente entidad como para anular el contrato, como ocurre con el llamado dolo incidental, o porque cuando es descubierto la anulación ya no es posible por haberse cumplido el contrato o porque con ella se perjudicaría a un

precisamente por la violación de tales deberes el contrato ha sido celebrado en condiciones desventajosas para una de las partes.

Tampoco en este caso la Propuesta da una respuesta clara. Falta de nuevo una regla que autorice a reclamar los daños y perjuicios causados por la violación de la buena fe precontractual proyectada sobre el contrato «desventajoso»⁵⁸, regla que sin embargo sí contienen los PECL⁵⁹ o el ya reproducido 3.18 de los Principios Unidroit y que como he dicho, sería conveniente introducir en la Propuesta.

Sin embargo, como se ha insinuado anteriormente, existe en el Derecho moderno una tendencia a encauzar este tipo de situaciones por la vía contractual. Así por ejemplo, en el derecho alemán la jurisprudencia más reciente reconoce en algunos casos de violación de los deberes precontractuales de información que se proyectan sobre el contenido del contrato, la posibilidad de reclamar la modificación contractual que restablecería *ex post* el equilibrio entre las partes que aquella violación eliminó *ex ante*⁶⁰. En el artículo 4:105 (2) (doble error) y 4:109 (2) (contratos abusivos o leoninos) de los PECL se contemplan también situaciones de adaptación del contrato. Esta última hipótesis es también recogida en el artículo 1301.2 de la Propuesta, conforme al cual «*A petición de la parte perjudicada puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*». La pregunta que debemos hacernos es si esta solución adaptativa (remedio propio del incumplimiento) no debería generalizarse para todos los supuestos de responsabilidad precontractual proyectada sobre el contrato desventajoso, al modo que ya se hace por ejemplo, en el artículo 65 del Texto Refundido LGDCU, a cuyo tenor «*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*».

tercero de buena fe o porque sencillamente a la víctima del vicio, a pesar de todo, le conviene mantener el contrato (STS de 18 de enero de 2007, ya citada).

⁵⁸ Parafraseando a DÍEZ-PICAZO, L., 2009a, p. 1054, puede decirse que en este caso puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realiza justamente.

⁵⁹ Artículo 4:117: Daños y perjuicios.

(2) *La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114, puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.*

⁶⁰ PALANDT/HEINRICH, 2009, p. 480-481. Cf. abundante jurisprudencia alemana en el sentido del texto en MOTA-PINTO, P., 2008, pp. 1414-1415.

Por otro lado, se evidencia en no pocas ocasiones que la defec-tuosa información precontractual acarrea genuinos incumplimientos contractuales especialmente por falta de conformidad⁶¹. Para estos casos el artículo 4:119 de los PECL, situado en el capítulo relativo a la invalidez, señala que «*La parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo y que se encuentre al mismo tiempo en circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento*⁶², *puede optar por cualquiera de ellos*», compatibilidad que, en cambio, no reconocen, por ejemplo, los Principios Unidroit, los cuales en su artículo 3.7 excluyen la posibilidad de la anulación por error si pueden ser utilizados los remedios del incumplimiento. En conse-cuencia, hemos de preguntarnos qué es lo más conveniente en nuestro Derecho, puesto que a día de hoy la respuesta no es clara⁶³ y tampoco está explicitada en la Propuesta⁶⁴. Entiendo que esta omisión debería ser subsanada, bien a favor de la incompatibilidad y prevalencia de los remedios del incumplimiento, más adecuada técnicamente según Morales Moreno o Fenoy Picón al menos para el caso de error⁶⁵, bien a favor de la compatibilidad, que esos mis-mos autores estiman más cercana a nuestra tradición jurídica y, como he dicho, recogen los PECL.

⁶¹ Ello es así porque como dice FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 202, en la nueva construcción del incumplimiento (que, añado, comparte la Propuesta de modernización del CC con textos como la CISG, o los Principios Unidroit o los PECL), las cualidades que debe tener el objeto según el contrato, las que pueden ser objeto de error relevante, se han incorporado al deber de prestación del deudor con independencia de que la obligación sea específica o genérica. Se ha hecho eco del silencio de la Propuesta de Modificación del Código civil sobre este punto, mostrando su sorpresa y concluyendo que la Propuesta ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, pp. 47-136, espec., pp. 122 ss.

⁶² El cumplimiento o la resolución acompañados en su caso de la indemnización (interés positivo) o la reducción del precio.

⁶³ En el comentario al artículo 3.7 de los Principios Unidroit, HUBER, P., 2009, p. 431 sitúa a España, junto con Austria, Suiza y USA, entre los sistemas jurídicos que dan a la parte el derecho a elegir cualquiera de los dos remedios; Alemania y recientemente Francia optan por la otra solución, mientras que a su parecer Inglaterra se sitúa en una posición intermedia. Siguiendo la tesis de MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», *ADC*, 2003, p. 1626, FENOY PICÓN, N., 2006, p. 187, considera que tal situación debería regirse por la regla de la incompatibilidad, de modo que los remedios contractuales resultasen prevalentes. Sin embargo la auto-ora reconoce que las características de nuestro ordenamiento y la interpretación que suele hacerse del mismo, hacen más probable que triunfe la tesis de la compatibilidad.

⁶⁴ Se ha hecho eco del silencio de la Propuesta de Modificación del Código civil sobre este punto, mostrando su sorpresa y concluyendo que la Propuesta ha dejado a los intérpretes la decisión oportuna y su argumentación FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, pp. 47-136, espec., pp. 122 ss.

⁶⁵ En el caso del dolo *in contrahendo* FENOY PICÓN, N., 2006, p. 280, en el estado actual de nuestro ordenamiento, es partidaria de la compatibilidad.

De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*¹

*Imperio rationis
si no ratione imperii
(Por mandato de la razón
y no por la autoridad del imperio)*

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación. Doctor en derecho y abogado

RESUMEN

Es notable la atención que en fechas recientes han dedicado los autores españoles a la armonización del derecho privado europeo, sin duda, por el convencimiento acerca de la trascendencia del mismo.

Ahora bien, esta incidencia se ha venido observando ya en las múltiples sentencias de nuestros tribunales que vienen citando entre sus argumentos y razonamientos las soluciones de este derecho contractual europeo.

Como novedad en esta tarea armonizadora del Derecho Privado Europeo, ha de señalarse que el propósito del Draft Common Frame of Reference de 2009, ha sido dar respuesta a los requerimientos del Plan de Acción presentado por la Comisión Europea en 2003, conteniendo los Principios, Definiciones y Modelos de Reglas del mismo, por ello lo que pretende es ayudar al proceso de desarrollo del actual acervo comunitario y redacción de la futura legislación de la Unión Europea en el campo del Derecho Privado, colaborando en la identificación de medidas que han de ser adoptadas con este fin.

PALABRAS CLAVE

Armonización del Derecho Privado Europeo.—Marco común de referencia.

¹ Actualizado el día 26 de enero de 2010.

El presente trabajo es fruto de la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 18 de marzo de 2010.

SUMARIO: I. *Preliminar*.—II. *El proceso de europeización del derecho privado*.—III. *Los Principios Lando*.—IV. *Hacia el marco común de referencia*.—V. *La incidencia en España de las corrientes armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*.—VI. *Epílogo*.

I. PRELIMINAR

En bastantes ocasiones y ésta es una de ellas, resulta no sólo sugerente sino también conveniente comenzar la exposición de un determinado tema, en este caso, el de la europeización del derecho privado, exponiendo los motivos que a uno le han llevado al tratamiento del mismo.

Sinceramente, en mi caso, esos motivos no son más que la creencia desde antaño en la vigencia –no directa, por razones obvias– de los viejos textos del Derecho Romano como fuente inspiradora no sólo para el conocimiento de los propios derechos nacionales, sino también como pilar indispensable en la metodología jurídica histórico-comparativa que debiera atenderse en la construcción de lo que también, por qué no, podríamos denominar «espacio común jurídico privado».

Puede resultar un atrevimiento comenzar esta disertación dejando vislumbrar la posición del que la realiza, incluso arriesgarse *«ab initio»* de que el discurso pueda ser tachado de neopandectista, o de recordar antiguas disputas jurídicas como las que enfrentaron a los seguidores del *«Mos Italicus»* y del *«Mos Gallicus»*, en cuanto a la dogmática y pragmática de las fuentes clásicas romanas; o como las que tuvieron lugar en cuanto a la necesidad o no de una codificación en la Alemania del siglo XIX; o incluso, entre los conocidos como «centralistas» y «foralistas» de nuestra codificación civil decimonónica (que bien pudieran tener su traslado en la actual situación del derecho privado europeo, entre los partidarios de la armonización del mismo, y sus detractores).

Sin embargo, las razones de la propia posición adoptada implican la motivación de la misma. Evidentemente, no es mi interés exponer posicionamientos a favor de una u otras posturas a modo de sugerencia, al menos, en cuanto a ellas, como si de una rejuvenecida *«Ley de Citas»* del Código Teodosiano se tratara, aunque sí abordar el estado de la cuestión, desde las diferentes ópticas y su evolución desde la elaboración de los conocidos «Principios Lando» a la reciente publicación en el año 2009 de la nueva versión del *«Draft Common Frame of Reference»*.

La elaboración de una Ciencia Jurídica Europea, mediante la técnica de la armonización o mediante la de la codificación, o sea, bajo la fórmula del «soft law» o del carácter vinculante de sus disposiciones, supone bien la base, o bien, la positivización definitiva de las normas jurídicas privadas de los diferentes países de la Unión Europea, lo que implica, a nuestro juicio, un nuevo impulso de la vetusta aspiración tendente a la creación de un derecho de carácter supranacional, máxime cuando es una realidad en nuestros días la existencia de una verdadera Unión Europea; aunque como recuerda el profesor Van Caenegem², «...Es claro que existe una única Europa, basada en los Tratados, en las Directivas y en un muy extenso ya Derecho de Casos. Sin embargo, este Derecho se ocupa solamente de temas muy particulares y muy separados y con frecuencia en directa conexión con los problemas económicos del Mercado común. Un Código civil europeo no parece realista... Se admite, por otra parte, que se puede estar formando una ciencia del Derecho privado y se recuerda que se necesitarían muchos siglos de Ius Commune en todos los juristas europeos y de uso de un único lenguaje jurídico así como de un conjunto de conceptos, nociones, categorías y normas fundamentales».

Este proceso es lo que se ha dado en llamar la «Europeización de la Ciencia del Derecho», sobre el modelo del que fuera uno de sus precursores, Helmut Coing³, quien ya mantuvo que la fundación de una ciencia del derecho privado europeo debía ser el primer paso para la unificación del Derecho en Europa.

Coing⁴ ya defendía a principios de la década de los 90 (del siglo pasado) que la Ciencia del Derecho en Europa tenía carácter nacional y no común y que pese a la existencia de fundamentos comunes, las interpretaciones jurídicas realizadas sobre el ordenamiento privado de los diferentes países europeos se realizaban más desde la distancia que desde la aproximación de los mismos, estando presentes aún ante juristas eminentemente nacionales y no europeístas. Ante lo cual, Coing mantenía que en el proceso de convergencia en la construcción europea, el derecho privado debía ser objeto de un tratamiento supranacional, poniendo como ejemplo de la existencia disgregadora en los diversos sistemas jurídicos la diferente manera de interpretar en cada país la normativa comunitaria.

² R. C. VAN CAENELEM, *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, traducción de Luis Díez-Picazo, Thomson-Civitas. 2003, p. 45.

³ HELMUT COING, *Eurpäisierung der Rechtswissenschaft*, Neue Juristische Wochenschrift, 1990, pp. 937 ss. Vid. Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo*. Fundación Cultural del Notariado, 1996.

⁴ De lo que se hace eco Ignacio CREMADES UGARTE en su Estudio introductorio y traducción de la obra de Reinhard ZIMMERMANN, *Europa y el Derecho Romano*, Marcial Pons, 2009.

Ante esta situación, Coing advertía de la existencia de precedentes no sólo pretéritos, como es el claro caso del «*Ius Commune*», sino de modelos actuales, tales como el «*Common Law*» de los Estados Unidos y su sistema de «*Restatements*», más interesantes que el primero ya que, según Coing, en los Estados Unidos sí que existe una unidad de ciencia y formación jurídica compatible con las diferencias existentes, en mayor grado que en el ámbito de influencia del viejo «*Ius Commune*».

Los posicionamientos en torno a una u otra opción han de pasar ineludiblemente por atender a las diferentes características que conllevan una «armonización» frente a una «codificación». Así, «*in genere*», puede decirse que la codificación es comprensiva, sistemática, interna y estática, mientras que la armonización prevé el ofrecimiento de respuestas parciales a determinadas cuestiones dirigidas a un ámbito supranacional, con el propósito de adecuarse con mayor facilidad que lo codificado a las innumerables circunstancias cambiantes del tráfico jurídico no sólo nacional, sino evidentemente, internacional.

El debate sobre el modelo a seguir en dicha construcción jurídica europea no es nuevo, como someramente hemos ya apuntado; así, el propugnado en su día por la Comisión de Derecho Contractual Europeo (más conocida como «Comisión Lando») sobre la base de la armonización y el seguido por la Academia de Iusprivatistas Europeo («Grupo Gandolfi»⁵) en cuanto a la elaboración de un Código Europeo de Contratos, resulta heredero de las discusiones que ya tuvieron lugar en la Alemania del Siglo XIX sobre la necesidad o no de elaborar un Código Civil alemán.

En 1814, el profesor de Derecho Romano de la Universidad de Heidelberg, Thibaut, publicó un opúsculo con el título «Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania»⁶ donde defendía la elaboración de un código civil alemán que ayudara a la creación del Estado alemán mediante la unificación de los diferentes «*Landers*», a imagen del Código Civil de Napoleón de 1804. Sin embargo, Savigny, como respuesta a las ideas de Thibaut, publicó su obra «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho», donde se oponía a la idea codificadora por conside-

⁵ En nuestro país, un grupo de autores han publicado unos comentarios al Código Europeo de Contratos en homenaje al Profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos. *Vid. Código Europeo de Contratos*. Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía). I y II. Editorial Dykinson, 2003.

⁶ *Vid.* Antón Friedrich JUSTUS THIBAUT, Friedrich Carl VON SAVIGNY, *La Codificación*. Una controversia programática basada en sus obras: Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, de Thibaut; De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho, de Savigny. Introducción y selección de textos de Jacques Stern. Traducción del alemán de José Díaz García (1970).

rarla esencialmente inorgánica, anticientífica, arbitraria y enemiga de la tradición. No obstante, Savigny al igual que Thibaut sí estaba a favor de la uniformidad jurídica alemana, aunque ésta no debía pasar mediante la elaboración de un código civil, sino mediante la creación de una ciencia jurídica común.

De esta forma, Savigny mantenía que estaba de acuerdo con Thibaut, es decir, en la creación de un derecho común para toda la nación, aunque el camino correcto no era el de la creación de un acto legislativo codificado sino el de una «*organización progresiva de la ciencia del derecho, la cual puede ser común a toda la nación*». Con estas aspiraciones, Savigny publicaría sus conocidas obras, tales como: «Tratado de la Posesión» (1803), «Historia del Derecho Romano en la edad media» (1815-1831), «Sistema de Derecho Romano actual» (1840-1849) y «Derecho de Obligaciones» (1851-1853). Así, como nos recuerda el Profesor Zimmerman⁷ Savigny «... Razonaba que el derecho de una determinada época no puede ser entendido aisladamente, puesto que el presente se halla indisolublemente unido al pasado del que procede. Por consiguiente, la ciencia jurídica debe ser necesariamente de naturaleza histórica, y su principal cometido consiste en el análisis, rejuvenecimiento y conservación de la materia jurídica que nos ha sido transmitida».

Esta escuela de pensamiento de Savigny –inicialmente triunfante frente a las ideas de Thibaut, hasta la publicación del BGB alemán– es la que se conoció como Pandectística, que con base en el Digesto Justiniano pretendió la creación de un sistema jurídico lógico y coherente de reglas y principios jurídicos.

El Derecho Romano había servido como base del conocido «*Ius Commune*», que ha de ser considerado como un gran intento legislativo con aspiraciones supranacionales, el cual era citado «*imperio rationis si no ratione imperii*», ya que nunca llegó a estar reconocido como un auténtico Derecho Positivo, al igual que le ocurriera a su heredero, es decir, al Derecho Natural o «*Ius Naturale*» de Grotius y Puffendorf.

De esta forma, tanto aquél basado en el Digesto Justiniano como éste en la Razón Natural, no fueron como ya hemos advertido un vinculante Derecho Positivo, lo que no conlleva que haya de negárseles la excepcional contribución de ambos a la deslocalización jurídica, ya que sin el «*Ius Commune*», como dice Van Caenegem⁸ «... Habrían existido muchos más sistemas nacionales, puesto

⁷ Reinhard ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Editorial Civitas, 2000, p. 24.

⁸ *Vid. op. cit.*, p. 102.

que a Europa le habría faltado la enseñanza cosmopolita de las Escuelas y estos Derechos se habrían basado más sobre la costumbre y el Derecho de casos de los tribunales superiores que en la teoría», lo que en nuestra opinión, hubiera supuesto un agravamiento a este proceso constructivo científico jurídico europeo, así como un reforzamiento de las tesis pesimistas que continúan viendo como una de las barreras infranqueables para el mismo, las existentes entre el «Common Law» y el Derecho Continental.

En efecto, el «*Ius Commune*» basado en el «*Corpus Iuris Civilis*» del emperador Justiniano, puede considerarse el primer Derecho supranacional por excelencia, aunque carente del carácter positivo al que antes hemos mencionado, su importancia al principio dogmática se fue revelando paulatinamente en pragmática, de ahí que Van Caenegem⁹ nos exponga la misma al referirse al «*Ius Commune*» del siguiente modo: «.... Al principio, el estudio del Corpus, en la forma de explicaciones literales o glosas, fue un mero ejercicio académico, pero pronto las Escuelas comenzaron a tener noticias del mundo real del medievo del mismo modo que este mundo real empezó a tener noticias de ellas y el razonamiento y las categorías neo-romanas se aplicaron incluso a instituciones feudales, aunque el sistema feudal fuera insoñable en el mundo de Ulpiano y Modestino. El Derecho romano comenzó a influir en los tribunales, primero en los eclesiásticos y después en los seculares, y de esta manera afectó en general a la fábrica social».

Por ello, la construcción de la Ciencia europea del Derecho Privado ha de efectuarse, también en nuestra opinión, tomando en cuenta la tradición romanística, la labor comparada de los diferentes derechos privados europeos y desde un análisis histórico de las instituciones jurídico privadas. De ahí que el viejo «*Ius Commune*», pueda servir como punto de partida a estos efectos. Enormemente reveladoras son las palabras de Zimmerman¹⁰ al respecto: «.... Ya ha existido una cultura jurídica europea con una ciencia jurídica común orientada a las mismas fuentes como norte. Este “viejo” derecho privado recibe la denominación de *ius commune* romano-canónico, y tiene su base en la recepción del derecho romano en la Europa medieval. Constituye el punto de partida más próximo y natural para –en palabras de Savigny– una “organización progresiva de la ciencia del Derecho”. A diferencia de Savigny, por supuesto, no podemos acudir directamente al *ius commune*. Al fin y al cabo, ni el *Specimen usus moderni pandectarum* de Samuel Stryck ni el *Lehrbuch des Pandetenrechts* de Bernanrd

⁹ *Vid. op. cit.*, p. 28.

¹⁰ R. ZIMMERMAN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, *op. cit.*, p. 58.

Windscheid contienen el derecho actualmente vigente. Pero también cabe preguntarse si, a pesar de la fragmentación nacional del derecho y de la ciencia jurídica, bajo el manto de la desconcertante diversidad de nuestras modernas reglas jurídicas no se esconden unos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos comunes, capaces de formar el núcleo del derecho europeo. Una especie de derecho natural, como lo llamó Paul Koschaker, no el sentido de un sistema de reglas de pretensión de validez axiomática, sino de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo común».

Estas posturas que han venido a denominarse (y rechazarse, por algunos) como neopandectísticas, han sido objeto de numerosas críticas por parte de quienes entienden que la elaboración de una ciencia jurídica europea ha de elaborarse soltando lastres del pasado en contra de la modernización del Derecho Romano que en su día propusiera Koschaker en su obra *Europa y el Derecho Romano*¹¹⁻¹² críticas, que por otro lado, han puesto especial énfasis en las –a su juicio– insalvables diferencias entre el Sistema continental codificado y el Sistema del «*Common Law*».

Si bien este último debate ya se vislumbraba en la obra de los profesores De Witte y C. Forder bajo el título «*The common law of Europe and the future of legal educations. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*», el trabajo que supuso una auténtica revolución en la materia se lo debemos de nuevo al profesor Zimmerman con el título de «El carácter europeo del derecho inglés. Conexiones históricas entre Derecho civil y Derecho común»¹³, donde se concluye a través de la teoría del contrato desde la Edad Media hasta el Siglo XIX la existencia de las evidentes conexiones entre el «*Common Law*» y el «*Civil Law*».

Por otro lado, en 1995¹⁴ Van Gerven también propuso la idea de una europeización del derecho privado en base a la exploración de los principios jurídicos comunes, manteniendo –a diferencia de Zimmerman–, que el punto de partida deberían ser los casos y tratados jurídicos existentes más que el propio *«Ius Commune»*.

¹¹ KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, 1947.

¹² Vid. HESSELINK, *The New European Private Law*, La Haya, 2002.

¹³ R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law. Ztschrift für Europäisches Privatrecht* (1993), 4-51. Vid. Traducción española en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, op. cit., pp. 161 ss.

¹⁴ W. VAN GERVEN. «Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginse- len?» *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, núm. 10, 233-43.

Por su parte, Steenhoff¹⁵ también mantuvo una europeización del derecho privado superando las franqueables diferencias entre ambos sistemas, con apoyo en la conocida obra pro unificadora de Markesinis¹⁶. Con posterioridad a estos trabajos armonizadores, cabe citar también el trabajo de De Groot en 1997 con el título «Hacia un Código Civil Europeo»¹⁷, en la línea de Van Gerven, propugnando la unificación sobre un derecho de casos.

Asimismo, como recuerda Van Caenegem¹⁸, K. Luig¹⁹ de modo ecléctico en relación con las dos posturas favorables a la armonización antes citadas, entiende que el modelo ha de construirse sobre la base de las decisiones del Tribunal Europeo de Justicia, pero sin obviar la reglas del Derecho Romano que no han perdido validez.

Por ello, Zimmermann²⁰, recordando las palabras de Koschaker cuando decía que «No hay ninguna rama de la ciencia del Derecho que tenga tan pronunciado carácter europeo como la ciencia del Derecho privado», concluye la importancia del Derecho Romano en esta elaboración de una ciencia iusprivatista europea al afirmar que: «El estudio del Derecho romano y de su desarrollo desde los tiempos de los glosadores lograba que pudiéramos ser conscientes de que el Derecho privado de Europa está construido sobre los conceptos, reglas, principios y máximas, los casos prácticos y ejemplos escolares, los argumentos y los fundamentos sistemáticos, en suma, sobre las experiencias de una centenaria y común ciencia del Derecho privado. Tenemos así lo que le corresponde hacer al Derecho romano para un cambio de perspectiva: junto a lo puramente histórico debe proceder de nuevo a una decidida observación del Derecho moderno, a esa que precisamente posibilita en general una profunda comprensión del mismo, pone de manifiesto las peculiaridades de su desarrollo en comparación con otros ordenamientos europeos y hace con esto posible que de nuevo pueda trascenderse el limitado horizonte de la jurisprudencia nacional».

Un ejemplo del pragmatismo de lo anterior, puede verse en la frecuente utilización que los tribunales europeos hacen de las máxi-

¹⁵ G. J. W. STEENHOFF, Nationale sitjlverschillen in de doctrine en de vorming van een Europee rechtswetenschap. *Weekblad voor privaatrecht, notariatt en registratie* 127 (1996), 523-9.

¹⁶ B. S. MARKESINIS, *The gradual convergence, Foreign ideas, foreign influences and English law on the eve of the twenty-first century*, Oxford, 1994.

¹⁷ R. DE GROOT. European private law between utopia and early reality». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997.

¹⁸ *Vid. op. cit. p. 42.*

¹⁹ K. LUIG., «The history of Roman Private Law and the unification of the European law». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5, 1997.

²⁰ *Vid. ZIMMERMANN, Europa y el Derecho romano*, p. 48.

mas y reglas procedentes del Derecho Romano, sin duda, por su característica de comunes principios a las diferentes legislaciones nacionales²¹.

Pero si la esencialidad del papel del Derecho Romano que creo haber podido justificar con lo anterior es primordial en este proceso, también coincido con aquellas posturas que defienden para la Historia del Derecho un papel no menos esencial, entre las que cabe citar las de Schulze²²; posturas que también han sido objeto de críticas por aquellos historiadores del Derecho que piensan que la investigación histórica de la dogmática jurídica sólo sería posible desde unos presupuestos equivocados ya que podría dar lugar a una distorsionada observación del pasado por causa de las necesidades del presente.

Por el contrario, y correctamente en mi opinión, la investigación histórica de los dogmas «no solamente posibilita la comprensión del pasado, sino también la del Derecho vigente, porque muestra cómo y por qué el Derecho se ha desarrollado como lo ha hecho, como hoy lo encontramos; porque deja claras las premisas en las que se apoya el Derecho moderno; porque pone a nuestra disposición un rico tesoro de experiencias, que son tan importantes para la política del Derecho como para la dogmática jurídica, y porque hace posible que se descubran desarrollos defectuosos avisando ante su repetición»²³.

Prueba de la importancia de las concepciones anteriores, esto es, las que propugnan la armonización desde la base jurídico-romana común a través de una investigación histórica de los dogmas, o sea, desde la «civilian tradition», se percibe en las experiencias del propio Zimmermann en sus ponencias en el seno de la Comisión Lando. De esta forma, Zimmermann²⁴ describe la misma en relación con las reglas básicas del derecho europeo de obligaciones: «Estas reglas básicas se consideran a sí mismas como una suerte de Restatements, siendo de este modo, naturalmente, expresiones de la “civilian tradition”. Como ejemplo pudieran servir los dos capítulos de los que fui responsable como ponente: la compensación y el Derecho de prescripción. Los requisitos de la compensación (una institución de derecho sustantivo) son reciprocidad y homogenei-

²¹ Vid. R. KNÜTEL. «Ius Commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union, Jus». *Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 9, 1996. R. KNÜTEL. «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 1994. Andrés SANTOS. «Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law». *European Review of Private Law*, 2004.

²² Reinhard SHULZE. «De la aportación de la Historia del Derecho a una Ciencia del Derecho Privado Europeo». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1996.

²³ R. ZIMMERMANN (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999.

²⁴ Vid. ZIMMERMANN, *Europa y el Derecho Romano*, pp. 121, 122 y 123.

dad de los créditos, exigibilidad y vencimiento de la deuda que se compensa por el deudor, así como cumplimiento del tiempo establecido para la prestación, por el deudor, del crédito del acreedor. Se trata así de características que proceden del Derecho romano y que forman hasta hoy un común elemento central del Derecho privado europeo. Justiniano estableció, además, para cortar abusos, que sólo se pudiera compensar un contra-crédito líquido. Estas ideas las recoge el artículo 13.102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos e intenta mediar con ello entre las diversas configuraciones que se han encontrado en los modernos ordenamientos (...) Las líneas de desarrollo que caracterizan el modelo de prescripción de los Principles son en cambio de fecha más reciente. También aquí, no obstante, se esfuerzan enérgicamente los Principles en integrarse en esos desarrollos como los que han encontrado su reflejo ante todo en nuevas codificaciones y leyes singulares. Esto concierne al acortamiento y a la fijación de un plazo máximo. Al Derecho común se remontan, por el contrario, los conceptos de la interrupción (ahora: nuevo comienzo) y de la suspensión de la prescripción, además de la regla “*agere non valenti non currit praescriptio*” en sus diversas manifestaciones».

En suma, armonización del Derecho privado europeo sobre la tradición romanística común y atendiendo a la investigación histórica de los dogmas, en el contexto de un análisis comparado de las diferentes respuestas jurídicas, es el sistema que –a mi juicio– resultaría el adecuado para la elaboración de una ciencia jurídica privada europea.

II. EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994, supusieron el primer impulso oficial en dicho proceso europeizante.

Así, la Resolución de 26 de mayo de 1989 «sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros»²⁵ explicó cómo la cobertura jurídica de temas concretos no resultaba suficiente para las necesidades y aspiraciones de un mercado único y sin fronteras, por lo que acabó sugiriendo que se iniciaran los trabajos preparatorios para la elaboración de un «Código europeo común de derecho privado».

²⁵ DOCE 158 (26.6.1989), 400.

Posteriormente, la Resolución de 6 de mayo de 1994, «sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros», solicitó expresamente que se diera comienzo a los trabajos preparatorios indispensables para la elaboración de un «Código europeo común de derecho privado». Sin embargo, debido a que no fueron generalmente atendidas por sus destinatarios, y a la vista de la lentitud mostrada en la ejecución de lo previsto en el artículo K.1 del Tratado de Maastricht, el Consejo de Europa en sus conclusiones realizadas en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999 instó a una mayor convergencia del Derecho Civil señalando que había de procederse a un «estudio global sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles». Como consecuencia de dichas conclusiones del Consejo de Europa, la Comisión Europea publicó el día 11 de julio de 2001 una «Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo» cuyo propósito era: «ampliar el debate sobre derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia», y aunque haciendo referencia explícita al derecho contractual europeo, se señala también en la misma que, teniendo en cuenta el contexto económico, también podrían incluirse las garantías de crédito relativas a bienes inmobiliarios, el enriquecimiento injusto y la responsabilidad civil²⁶.

Por otro lado, la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, de 12 de febrero de 2003, sobre «un derecho contractual más coherente: plan de acción»²⁷, ha supuesto uno de los mayores impulsos a estos cometidos por parte de las instituciones europeas, ya que estructura un Plan de Acción en torno a tres tipos de medidas: (1) la mejora de la calidad del acervo comunitario en el ámbito del derecho contractual gracias a una terminología común que se expresará en el denominado «Common Frame of Reference», (2) la promoción de la elaboración de una guía de condiciones generales de la contratación aplicables en la Unión Europea y (3) la adopción de un «instrumento facultativo» en el ámbito del derecho contractual europeo.

Para la puesta en marcha del Plan de Acción, la Comisión Europea propone el establecimiento de un Marco Común de

²⁶ COM (2001). DOCE 2002, C-241/1. Para comentarios a esta comunicación, *Vid.* C. VON BAR y O. LANDO (2002), *Communication on European Contract Law: Joint Response of Comisión on European Contract Law and the Study Group on European Civil Code*, ERPL 2/2002, 183-248.

²⁷ COM (2003). DOCE 2003 C 246/1.

Referencia (CFR) al decir que: «La Comisión considera que un marco común de referencia que establece principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo constituye un paso importante para mejorar el acervo en materia de Derecho contractual. Este marco común de referencia será un documento accesible al público que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del Derecho contractual europeo. Este marco común de referencia debería responder a las necesidades y las expectativas de los operadores económicos de un mercado interior que aspira a convertirse en la economía más dinámica del mundo».

Además, con el ánimo de superar las contradicciones nacionales, se menciona en dicha Comunicación la elaboración de un «instrumento facultativo», con el que se alcanzarían una serie de reglas generales aplicables a los contratos transfronterizos en sustitución de las reglas locales. Así la Comunicación decía que: «Se presentaron algunos argumentos a favor de la adopción de un instrumento facultativo que ofrecería a las partes contratantes un conjunto modernizado de reglas particularmente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior (...). Este instrumento ofrecería tanto a la parte económicamente más fuerte como a la más débil una solución aceptable y adecuada, sin que debieran aplicar necesariamente el Derecho nacional de una de las partes, lo que facilitaría las negociaciones».

De nuevo la Comisión impulsa esta labor unificadora mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 11 de octubre de 2004²⁸ «sobre derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», donde se vuelve a insistir en la necesidad de consolidar un marco común de referencia para «mejorar la calidad y coherencia del acervo en el ámbito del derecho contractual», diciéndose en la misma que: «La Comisión utilizará el MCR, cuando proceda, como herramienta para presentar propuestas de mejora de calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual. Además, permitirá simplificar el acervo. El MCR definirá con precisión términos jurídicos, enunciará los principios fundamentales y presentará modelos coherentes de normas de derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros».

²⁸ COM (2004). DOCE 2005 C 14/6.

Por tanto, la elaboración de un Marco Común de Referencia (CFR) dirigido a la mejora de la calidad de la legislación y a la coherencia del acervo comunitario existente y futuro en materia de contratos, sirviendo dicho CFR como base de uno o varios instrumentos facultativos de derecho europeo de contratos, constituyen los mandatos de dichas Comunicaciones de la Comisión, por lo que la elaboración de un texto normativo contractual europeo tiene ya su base en las propias Comunicaciones de la Comisión, debiendo ser su culminación la conclusión del Marco Común de Referencia.

Pero con anterioridad a dichos documentos comunitarios oficiales, la armonización del derecho privado europeo tiene en los Principios elaborados por la Comisión Lando, su gran impulsor, por lo que a continuación trataremos sobre los mismos.

III. LOS PRINCIPIOS LANDO

Sobre el origen de los mismos el propio Ole Lando expone en el Prefacio de su obra²⁹ que en 1974 se celebró un simposio en la «Copenhagen Business School», sobre el borrador de un Convenio CEE sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, y tras el mismo el Dr. Hauschild que dirigía el grupo de expertos que prepararon el borrador del citado convenio y el profesor Lando, manifestaron estar de acuerdo sobre la insuficiencia de las opciones propuestas para lograr una uniformidad legal necesaria en un mercado único europeo, por lo que el Dr. Hauschild exclamó entonces que «Necesitamos un Código de obligaciones europeo».

Los trabajos de la primera Comisión comenzaron en Bruselas en diciembre de 1980, empezándose a discutir los Principios en noviembre de 1982 en Hamburgo.

Así los Principios de Derecho europeo de los contratos son el resultado del trabajo llevado a cabo por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos, un grupo de juristas reclutados por todos los países de la Unión Europea, bajo la presidencia del Profesor Ole Lando³⁰.

²⁹ Principios de Derecho Contractual Europeo, partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo», edición Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pp. 15 ss.

³⁰ Existe una amplísima bibliografía sobre los Principios Lando, así por ejemplo, la citada por Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Los Principios Lando. Derecho Contractual Europeo*, Editorial Bosch, 2009 pp. 179 ss. Cabe destacar entre nuestra literatura jurídica nacional, la obra de DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Editorial Civitas, 2002.

Según los autores de los mismos, los beneficios de la formulación de unos principios europeos contractuales serían los siguientes:

A) *El fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa*

Las medidas de armonización confieren beneficios particulares a las partes contratantes que hacen negocios en diferentes Estados, porque se aplican de manera uniforme en el territorio de los diversos Estados, se separan de cualquier ordenamiento jurídico particular, se encuentran disponibles en idiomas de los cuales uno al menos será seguramente conocido por las partes, y que, con el tiempo, serán mucho más familiares para quienes las utilizan que las reglas nacionales individuales de los diversos Estados extranjeros en los que lleven a cabo negocios.

B) *El fortalecimiento del mercado único europeo*

La armonización de unos principios de Derecho de contratos tiene especial importancia para el buen funcionamiento del mercado único europeo, cuya esencia principal es un enfoque ampliamente unitario del Derecho y de la reglamentación que supere los obstáculos al comercio y las distorsiones del mercado resultantes de las diferencias entre los Derechos nacionales de los Estados miembros con consecuencias para el comercio dentro de Europa.

C) *La creación de una infraestructura para leyes comunitarias que rijan en sede de contratos*

Se han promulgado Directivas que afectan a contratos en relación con los seguros, empleo, agencia comercial, crédito al consumo, seguridad de los consumidores, ventas a domicilio y cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, por sólo mencionar algunos, y la lista no deja de aumentar. Sin embargo, todavía no existe una infraestructura general de Derecho de contratos para apoyar esas medidas comunitarias específicas. En la actualidad, existen disparidades considerables entre los Derechos de los Estados miembros que rigen los contratos, incluidos aspectos tan importantes como la formación, validez formal y sustancial, efectos sustantivos o esenciales, remedios para caso de incumplimiento y condiciones bajo las que no se exige el cumplimiento. No hay ni siquiera una terminología común. En consecuencia, los Principios no se destinan puramente a reducir los efectos perjudiciales de las diferencias entre los Derechos nacionales dentro del mercado único

europeo, sino también para servir como base para un Derecho de contratos dentro de la Comunidad, sobre el que podrán edificarse medidas más específicas de armonización. Sin unos principios de este tipo de Derecho de contratos a nivel comunitario, se debilitaría de manera significativa el efecto de muchas de las medidas adoptadas a favor de la integración jurídica europea en lo tocante a transacciones de consumidores y transacciones mercantiles.

D) *La previsión de unas guías para tribunales nacionales y legislación*

Los Principios tratan de reflejar un núcleo común de soluciones a problemas del Derecho de contratos. Algunos de ellos plantean cada vez más mayores dificultades para los tribunales nacionales y para los legisladores. Los Principios también tratan de ser progresistas. En muchas cuestiones cubiertas por el Derecho nacional ofrecen una respuesta más satisfactoria que la que se obtendría desde el enfoque y el razonamiento jurídico tradicional. Por ejemplo, las disposiciones que se refieren a las garantías del cumplimiento y al otorgamiento de protección en el caso de que un cambio de circunstancias convierta el cumplimiento del contrato en algo excesivamente oneroso, se ocupan de manera equilibrada de dificultades que se repiten con frecuencia y sobre las que nada dice la mayoría de los ordenamientos nacionales. Los Principios, desde luego, están a disposición de los tribunales europeos y de las legislaciones para asegurar el desarrollo floreciente del Derecho de contratos a nivel de toda la Unión. Incluso mas allá de las fronteras de la Unión Europea, los Principios podrían servir como inspiración para los legisladores del centro y del este de Europa que están reformando actualmente su legislación de contratos para cubrir las necesidades de una economía de mercado.

E) *La construcción de un puente entre el «Civil Law» y el «Common Law»*

Uno de los problemas más difíciles de la integración jurídica en Europa es reconciliar las familias del *civil law* y del *common law*. Desde luego, es cierto que hay diferencias notables incluso entre los ordenamientos del Derecho civil entre sí; también es cierto que, en muchos casos, los problemas corrientes se solucionan de manera muy parecida por los diversos sistemas jurídicos, con independencia de la familia a la que pertenecen. Pero sigue habiendo diferencias muy grandes entre los ordenamientos del «Derecho civil» y

del «Derecho común» en cuanto a la estructura jurídica y razonamiento, terminología, conceptos fundamentales y clasificaciones y política jurídica. Para ilustrar este punto son suficientes dos ejemplos del ámbito cubierto por los Principios. El primero es que en los sistemas del «Derecho civil» el principio de la buena fe es de carácter general e impregna todo el ordenamiento; en los sistemas europeos de «Derecho común» este principio general no existe. En ellos se exige la buena fe únicamente en situaciones concretas y tienen una serie de reglas específicas que llegan a algunos resultados similares a los que exigiría la buena fe, si bien no se hace mención a dicho concepto. El segundo es que el *civil law* considera legítimo que un contrato contenga cláusulas penales destinadas a disuadir que una parte rompa el contrato; el *common law* considera que imponer sanciones (frente a la liquidación de daños por vía de compensación por pérdidas anticipadas) es algo inconveniente e inejecutable. Tales diferencias son contrarias al buen funcionamiento del Mercado único europeo. Uno de los mayores beneficios ofrecidos por los Principios es el de disponer un puente entre el Derecho civil y el Derecho común previendo reglas destinadas a reconciliar sus diferentes filosofías jurídicas.

F) *Una base para la legislación europea*

Los Principios prevén la base jurídica necesaria para las medidas ya tomadas y las que deben tomarse en un futuro por parte de los órganos de la Unión Europea. Los Principios ayudarán tanto a los órganos de la Comunidad a redactar medidas como a los tribunales, árbitros y asesores jurídicos en la aplicación de las medidas comunitarias. Uno de los objetivos de los Principios de Derecho europeo de los contratos es servir de base para cualquier futuro Código europeo de contratos. Podrían constituir un primer paso en ese trabajo.

G) *Una formulación moderna de la lex mercatoria*

Las partes que intervienen en contratos internacionales que quieren que su acuerdo se rija por principios aceptados a nivel internacional o que no son capaces de celebrar su negocio con base en un concreto ordenamiento jurídico nacional, tienen la opción de adoptar la *lex mercatoria* para regir su contrato. Con frecuencia se da la situación de que optan por el arbitraje, basándose o bien directamente en la *lex mercatoria*, o bien en los denominados «principios generales del Derecho», «principios aceptados a nivel internacional» o alguna otra expresión similar. Es difícil determinar la

posición del árbitro que ha de ocuparse de un contrato de este tipo a la hora de localizar esos principios. Puede intuir que sabe lo que se acepta a nivel de costumbre, o puede sentirse capaz de emitir un juicio con sentido común, pero ninguna de las dos maneras es un sistema fiable para decidir el caso. Si los principios internacionalmente aceptados constan en algún sitio, la posición del árbitro será seguramente más fácil y la incertidumbre generada cuando las partes adoptaron una frase así se verá reducida. Uno de los objetivos inmediatos de los Principios es prever una declaración de los mismos que sea aceptable dentro de Europa y que se pueda aplicar directamente por los árbitros en casos como los citados –lo que, en efecto, se constituiría en una *lex mercatoria* europea moderna.

H) *Un modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho de contratos*

Los Principios ofrecen una ayuda a los tribunales y a los árbitros que tienen que decidir cuestiones que no se encuentran reguladas de manera adecuada por la legislación nacional o por algún otro sistema normativo que resulte aplicable. El tribunal o árbitro puede adoptar la solución aportada por los Principios sabiendo que representa el núcleo común de los ordenamientos europeos, o un desarrollo progresivo de este núcleo común. De igual forma, los legisladores que están reformando su Derecho de contratos pueden adoptar las soluciones de los Principios. La Comisión confía particularmente en que los Principios sean útiles a quienes tienen la tarea de reformar el Derecho de contratos en las democracias más recientes de Centroeuropa.

I) *Una base para la armonización*

Es posible, en fin, que los Estados miembros de la Unión Europea deseen armonizar su Derecho de contratos. Los Principios pueden servir como un modelo en que basar esa tarea de armonización. De ahí que los Principios tengan tanto objetivos inmediatos como objetivos a largo plazo. Se encuentran a disposición para que las partes que celebren un contrato los utilicen de manera inmediata, como para su uso por parte de los tribunales y árbitros al resolver conflictos sobre contratos, como para que los apliquen los legisladores al redactar normativa contractual, ya sea a nivel europeo o a nivel nacional. Su objetivo a largo plazo es apoyar y conseguir la armonización del Derecho general de contratos dentro de la Unión Europea.

IV. HACIA EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

Como ya hemos expuesto las bases del Marco Común de Referencia las han puesto diferentes Comunicaciones y Resoluciones del Parlamento, destacando la Comunicación de 2001 sobre derecho contractual europeo, y el citado Plan de Acción presentado por la Comisión Europea en 2003. Asimismo, también hemos visto como en 2004 el Consejo indicó cómo se iba a desarrollar el Marco Común de Referencia para reforzar la coherencia del acervo relacionado con la protección del consumidor fijando el horizonte para 2009 y desecharando que la tarea inicial tratase de elaborar un Código Civil o un Código de derecho contractual.

Con posterioridad la Comisión ha publicado también dos informes de seguimiento del proceso de elaboración del Marco Común de Referencia³¹ donde señala el carácter de «herramienta» (*tool-box*) del Marco Común de Referencia.

De especial importancia para entender el alcance y sentido del Marco Común de Referencia resulta la Conclusión 20.^a de la Presidencia del Consejo Europeo tras el Consejo de Bruselas celebrado los días 19 y 20 de junio de 2008, que afirma que «el Consejo Europeo subraya la necesidad de continuar rápidamente los trabajos sobre el proyecto para establecer un marco común de referencia para el Derecho contractual europeo».

Por otro lado y con gran interés, la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo, establece lo siguiente:

«D. Considerando que el proyecto de MCR no es sino un documento académico, y que la posible selección de las partes del proyecto de MCR que deben integrarse en el próximo documento de la Comisión constituye un ejercicio de carácter eminentemente político,

1. Acoge favorablemente la presentación del proyecto de MCR y espera el proyecto académico definitivo de MCR que debe ser presentado a la Comisión a finales de diciembre de 2008;

2. Pide a la Comisión que presente un plan detallado y transparente sobre la forma en que se organizará y coordinará el proceso de selección que conducirá a la elaboración del documento de la

³¹ El primero de 23 de septiembre de 2005, «*Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo*» [COM (2005) 456]; y el posterior Informe de la Comisión, de 25 de julio de 2007, «*Segundo Informe de la situación sobre el Marco Común de Referencia*» [COM (2007) 447].

Comisión, especialmente por lo que respecta a todas las direcciones generales implicadas;

3. Pide a la Comisión que vele para que el proyecto de MCR esté disponible en el mayor número posible de lenguas pertinentes a fin de garantizar que todas las partes interesadas tengan acceso al mismo;

4. Pide a la Comisión que examine la posibilidad de encargar el proyecto a la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, con la plena participación de todas las demás direcciones generales competentes, dado que el MCR va mucho más allá del Derecho contractual en materia de consumo, y que facilite los recursos materiales y humanos que sean necesarios;

5. Señala que el documento de la Comisión constituirá la base de la decisión de las instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del MCR, su contenido y su efecto jurídico, que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo;

6. Considera que, independientemente de la futura configuración del MCR, deben adoptarse medidas para garantizar su actualización regular a fin de que refleje los cambios y la evolución nacional en el Derecho contractual;

7. Señala que, a la hora de adoptar una decisión sobre el contenido del MCR, la Comisión debe tener en cuenta la declaración del Consejo de 18 de abril de 2008, según la cual el MCR debe ser un instrumento para legislar mejor y constituir un conjunto de orientaciones no vinculantes que deben utilizarse a escala comunitaria;

8. Sugiere que, en ese caso, el MCR sea lo más posible y considera que no tiene por qué ser necesario excluir contenidos ni materiales en esta fase; [...]

9. Propone que, de utilizarse como instrumento legislativo no vinculante, las partes pertinentes del MCR se adjunten a cualquier propuesta legislativa o comunicación futura elaborada por la Comisión que afecte al Derecho contractual, con objeto de garantizar que el legislador comunitario lo tiene en cuenta;

10. Señala que, a la hora de adoptar una decisión sobre el contenido del MCR, la Comisión debe tener presente que el MCR podría ir mucho más allá de un mero instrumento legislativo y convertirse en un instrumento opcional;

11. Sugiere que, si es probable que el formato futuro del MCR sea el de un instrumento opcional, se limite a aquellos ámbitos en los que el legislador comunitario haya actuado o vaya a actuar pro-

bablemente en un futuro próximo, o que están estrechamente relacionados con el Derecho contractual; sugiere que cualquier posible instrumento opcional se base en el proyecto de MCR; considera que, en cualquier caso, debe velarse por que el proceso de selección no ponga en peligro la coherencia global del instrumento opcional [...]»

Ya en 2008, se presentó a la Comisión y al debate público un Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) de carácter académico por el «*Study Group on a European Civil Code*» y el «*Research Group on EC Private Law (Aquis Group)*»³² que fue concebido con el citado carácter académico por los propios autores del mismo y adoptado con carácter provisional a expensas de la preparación del definitivo Marco Común de Referencia.

Este *Draft Common Frame of Reference* de 2008 está inspirado en los Principios del Derecho Europeo de Contratos de la Comisión Lando, habiéndose revisados los mismos y ajustados al contenido del *Draft Common Frame of Reference*.

Este *Draft Common Frame of Reference* de 2008 contiene normas sobre la formación, validez, interpretación y contenido del contrato y, por analogía, respecto de otros actos jurídicos, también sobre el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato y los remedios frente al incumplimiento de las mismas. También, contiene normas relativas a los derechos y obligaciones en general (por ejemplo, pluralidad de deudores, cesión de derechos, compensación y prescripción). Pero además, contiene normas sobre contratos en particular y acerca de derechos y obligaciones derivados de los mismos. Por último, se ocupó también sobre cuestiones propias de las obligaciones no contractuales, tales como el enriquecimiento injusto, daños y gestión de negocios ajenos, no recogiendo reglas sobre la propiedad de bienes muebles, aunque previendo que la versión final del mismo incluya normas sobre la transmisión de la propiedad, garantías y trust.

Pese a los loables cometidos del *Draft Common Frame of Reference* de 2008 (expuestos detalladamente por sus autores en la Introducción al mismo), aparecieron críticas por parte de autores prestigiosos, que merecen ser tenidas en cuenta. Valaquer Aloy³³, las expone del siguiente modo, en relación con el conocido núme-

³² Sobre los grupos de trabajo y el contenido del mismo, puede verse con carácter extenso al respecto, Francisco J. INFANTE RUIZ. «Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo», Barcelona, abril de 2008, *Indret* 2/2008, pp. 12 ss.

³³ *Vid.* Antoni VALAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia. Derecho Contractual Europeo...» pp. 253 ss.

ro 11 de junio de 2008 de la *Juristenzeitung*³⁴. De esta forma, aunque en el *Draft Common Frame of Reference* de 2008 se enumeran los objetivos y valores generales del Derecho Privado Europeo, tales como la justicia, libertad, protección de los derechos humanos, bienestar económico, solidaridad y responsabilidad social, junto con los específicos suyos como son la promoción del mercado interno y la preserveración de la diversidad cultural y lingüística, la información de las reglas modelo de derecho privado europeo, la racionabilidad, certidumbre jurídica, predictibilidad y eficiencia, sin embargo, no se ofrecen soluciones a los conflictos que pueden surgir entre dichos principios y cometidos, por ejemplo entre la libertad y la solidaridad en relación con el bienestar económico. Se dice que la justicia, puede ser, conmutativa o distributiva, de esta forma el dolo por la reticencia a ofrecer la información necesaria a la contraparte debe juzgarse según «el coste que supone a la parte adquirir esa información» (II.- 7:203), pese a que la noción de base económica no se encuentra en el concepto de error que se contiene en el II.-7:201. También se dice que existen múltiples referencias a la buena fe y a la honradez en los tratos (especialmente II.-1:102.1), conceptos que no coinciden con bastantes de los anteriormente citados. La crítica tiene también por objeto el que se utilizan demasiados conceptos jurídicos indeterminados como el de la buena fe, cuyo recurso continuado en los Principios del Derecho Europeo de Contratos estaba justificada, no así en el Marco Común de Referencia, por su carácter potencial de Código Civil.

Otro grupo de críticas están realizadas sobre el acento del poco carácter social del *Draft Common Frame of Reference* de 2008, ya que por ejemplo, no se realiza una regulación y definición de precio justo en el marco de las cláusulas abusivas. También se ha criticado la falta de carácter sistemático del mismo, en la regulación por ejemplo, de la representación, el mandato y el arrendamiento de servicios, ya que la representación es un concepto abstracto, el mandato es un contrato con efectos representativos y el contrato de servicios suele incluir un mandato. En este sentido, también se echa en falta una regulación coherente de los remedios en sede de compraventa y arrendamiento, que aún siendo esencialmente idénticos, tienen una redacción diferente.

Se critican las definiciones de los conceptos básicos por ser incompletas y por la utilización poco consistente de los conceptos jurídicos, como ocurre con la definición de «acto jurídico»,

³⁴ Horst EIDENMÜLLER, Florian FAUST, Hans CHRISTOPH GRICOLEIT, Nils JANSEN, Gerhard WAGNER, Reinhard ZIMMERMANN, «Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfrage und Kodifikationsprobleme», *Juristenzeitung*, 2008, pp. 529 ss.

así como las distinciones y definiciones de «right», «obligation» y «duty».

Pero a pesar de dichas críticas, no es menos cierto que con el *Draft Common Frame of Reference* de 2008 se dispuso de un cuerpo prelegislativo omnicomprensivo del Derecho de obligaciones y contratos, que cumple con la tarea de mejorar la calidad del acervo comunitario, que debería servir, ante la más que imposible realización en la actualidad de un Código Civil europeo, de un conjunto de reglas que si bien no supongan derecho aplicable, sí que podría cumplir la función de «soft law» a la que hemos hecho referencia y con los propósitos unificadores expuestos.

Con estos antecedentes, a principios de 2009 el «*Study Group on a European Civil Code*» y el «*Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*» han presentado, como sus propios autores reconocen en su introducción, la versión revisada y final del Borrador para un Marco Común de Referencia³⁵, aunque se trata de una versión sin notas y comentarios, la cual se espera finalizar en el plazo de un año³⁶.

Esta edición de 2009, en relación con la edición de 2008, contiene como novedades principales la regulación de los contratos de préstamo y la donación, así como las reglas sobre la adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes, los derechos de garantía sobre bienes muebles y la previsión de los trusts. Además, y debido a que el trabajo de 2008 tenía como uno de sus cometidos el hecho de que pudiera ser objeto de comentarios por las partes interesadas, el texto de 2009 ha sido enriquecido con los comentarios que fueron debatidos y aceptados por los grupos de trabajo.

Sus autores vuelven a incidir en la idea de que el texto de 2009 se trata de un texto académico y no políticamente autorizado, que es el resultado de las iniciativas de ciertos juristas europeos, haciendo notar que no contiene ninguna regla singular, definición o principio que haya sido aprobado o provenga de ningún órgano político europeo ni a nivel a nacional, excepto aquello que resulte coincidente con la existente legislación europea o nacional, pudiendo ser considerado el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 como un trabajo que integre el futuro Marco Común de Referencia, aunque este extremo, dicen sus autores, ha de ser decidido por otros.

De nuevo en la introducción del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 sus autores lo conciben (entre otras cosas) como un

³⁵ «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)». Outline Edition. Sellier, European law publishers, München, 2009.

³⁶ Según nuestras noticias más recientes. Esta obra se ha completado en octubre de 2009.

posible modelo para el político Marco Común de Referencia, reconociendo que éste no precisa tener el mismo contenido que el presente *Draft Common Frame of Reference* de carácter académico, aunque éste no tiene por qué ser considerado únicamente como el pilar para un futuro Marco Común de referencia de carácter político, sino que ha de tener su propio significado y relevancia con independencia de lo que ocurra con el Marco Común de Referencia, y promoverá el conocimiento del derecho privado en las diferentes jurisdicciones de la Unión Europea, aunque se espera que el *Draft Common Frame of Reference* sea conocido más allá del mundo académico como un texto inspirador para alcanzar soluciones para cuestiones de derecho privado.

El *Draft Common Frame of Reference* de 2009 contiene lo que se han denominado «Principios», «Definiciones» y «Modelos de Reglas».

El concepto de «Principios», no aparece en ninguna de las Comunicaciones de la Unión Europea, pudiendo ser objeto de diversas interpretaciones. Así en numerosas ocasiones es usado como sinónimo de reglas que no han alcanzado fuerza de ley, como por ejemplo, se definen así mismo los Principios del Derecho Europeo de Contratos 1:101 (1), o bien, con el mismo alcance que se les otorga a los mismos en los Principios Unidroit de la contratación internacional. Los autores del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 afirman que éste debe ser el significado de los «Principios», esto es reglas sin fuerza de ley, aunque a veces la palabra «principios» también puede ser reservada para aquellas reglas que tienen una naturaleza más amplia, como aquellas relativas a la libertad para contratar o a la buena fe.

Así, los «principios subyacentes» del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 se agrupan bajo las categorías de la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia; estableciéndose como «principios fundamentales» los de la protección de los derechos humanos, la promoción de la solidaridad y la responsabilidad social, la preservación de las diversidades culturales y lingüísticas, la protección y promoción del bienestar, así como la promoción del mercado interior. Así, por ejemplo, el principio fundamental de protección a los derechos humanos se observa notablemente en las reglas relativas a la no discriminación establecidas en los Libros II y III, así como en muchas de las reglas del Libro VI relativo a la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados a otro. En cuanto a la promoción de la solidaridad y la responsabilidad social, que aunque son más propias del Derecho Público no son completamente ajenas al Derecho Privado, encontrándose por ejemplo en

aquellas reglas relativas a la gestión de negocios ajenos las cuales tratan de desincentivar la actuación insolidaria.

Por otro lado, las «Definiciones» tienen la función de promover el desarrollo de una terminología legal uniforme, conteniéndose específicamente un listado que figura como Anexo al *Draft Common Frame of Reference* de 2009. Y por último, los «Modelos de Reglas», que informan la mayor parte del *Draft Common Frame of Reference* a través del contenido de sus diez libros, tienen la consideración de «soft law» del mismo modo que por ejemplo eran considerados los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Los propios autores del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 afirman que éste va más allá que los propios Principios del Derecho Europeo de Contratos, pese que éstos ya gozaban de una amplia cobertura, puesto que tenían reglas relativas no sólo sobre la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, sino que también contenían otros actos jurídicos tales como los relativos al cumplimiento de las obligaciones contractuales, y los remedios para el incumplimiento de dichas obligaciones, regulando incluso en sus últimos capítulos muchas reglas del derecho de obligaciones, tales como las reglas sobre pluralidad de partes, la cesión de derechos, la compensación y la prescripción.

Con esta mayor amplitud, el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 contiene en su Libro IV una serie de Modelos de Reglas sobre los denominados «contratos específicos» y los derechos y obligaciones derivados de los mismos. Igualmente, el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 también regula las obligaciones no contractuales, por ejemplo, aquellas que derivan del enriquecimiento injusto, de la responsabilidad extracontractual, la gestión de negocios ajenos, y las obligaciones que resulten para personas que estén en posesión de activos que hayan sido objeto de garantías, o las que deriven de su condición de «trustee» o fiduciario. Es decir, la regulación de las obligaciones no contractuales en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 es mucho más amplia que la realizada en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Siendo también objeto novedoso de regulación los asuntos relativos a la propiedad mobiliaria, tales como, la adquisición y pérdida de la propiedad, garantías y trusts.

Al hilo de lo anterior, también hay que reconocer que la cobertura del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 es considerablemente más extensa que el contenido que para el Marco Común de Referencia había ideado la Comisión Europea, ya que el «marco de referencia académico» no está sujeto a las restricciones del «marco de referencia político», porque aunque el *Draft Common*

Frame of Reference de 2009 está necesariamente ligado al Marco Común de Referencia, se ha concebido como un texto independiente a éste.

Con estos propósitos la estructura del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 viene dada por diez libros con el siguiente contenido: Libro I (Preceptos Generales), Libro II (Contratos y otros actos jurídicos), Libro III (Obligaciones y derechos correspondientes), Libro IV (Contratos en particular y derechos y obligaciones derivados de los mismos), Libro V (Gestión de negocios ajenos), Libro VI (Responsabilidad extracontractual derivada del daño causado a otro), Libro VII (Enriquecimiento injusto), Libro VIII (Adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles), Libro IX (Derechos de garantía sobre activos mobiliarios) y Libro X (Trusts).

Pese a la mayor amplitud de cobertura que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 tiene en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos, no es menos cierto que los Libros II y III de aquél contienen muchas reglas de éstos, que han sido incorporadas con el expreso consentimiento de la Comisión Lando, de quien es sucesora el «Study Group», aunque debido al diferente propósito, estructura y extensión del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos (por ejemplo, para abarcar cuestiones de protección de los consumidores), éstos no podían ser simplemente incorporados sin más, de ahí que se haya elaborado una tabla de desviaciones con respecto a estos.

En este sentido, el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 tiene entre otros motivos, el desarrollo y esclarecimiento de los conceptos y la terminología del derecho privado europeo, por lo que una de las diferencias esenciales en esta materia con los Principios del Derecho Europeo de Contratos, es el esclarecimiento de la distinción existente entre contrato (considerado como un tipo de convenio o acto jurídico) y la relación contractual (usualmente consistente en recíprocos derechos y obligaciones). Así por ejemplo, en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 el contrato no es lo que se cumple, sino lo que se concluye; son las obligaciones las que son objeto de cumplimiento. De forma análoga, el contrato no es lo que se extingue, sino que son las relaciones contractuales o los particulares derechos y obligaciones derivados del contrato los que son objeto de extinción. Así, el nuevo enfoque de los derechos y obligaciones realizados en el Libro III del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 ha sido posible mediante el uso apropiado de conceptos como «acreedor» y «deudor» en vez de términos como «parte agraviada» y «otra parte» que eran común-

mente utilizados en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Igualmente, la decisión de utilizar en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 el término «obligación» como la otra cara del derecho al cumplimiento, ha implicado también cambios en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos que utilizaban el término «deber» con el mismo sentido que el propio de la «obligación».

Otras innovaciones en relación con los Principios del Derecho Europeo de Contratos han venido dadas por los comentarios de las partes interesadas («*stakeholders*») realizados en los talleres de trabajo («*workshops*») propiciados por la Comisión Europea. Por ejemplo, las reglas sobre la representación, las relativas a los tratos precontractuales, las concernientes sobre las variaciones por los tribunales de los derechos contractuales, y las propias del cambio de circunstancias.

Debido al cambio y desarrollo de las circunstancias desde la publicación de los Principios del Derecho Europeo de Contratos que han venido dadas por el desarrollo de diferentes legislaciones nacionales e instrumentos nacionales, se ha considerado ventajoso incluir en este *Draft Common Frame of Reference* de 2009 la regulación de los «contratos mixtos» en el Libro II y una regla general sobre notificaciones de disconformidad en el Libro III, así como generalizar los remedios del vendedor.

Otros cambios de redacción realizados con los propósitos esclarecedores expuestos, son por ejemplo, los llevados a cabo en relación con el término «reclamación», ya que los Principios del Derecho Europeo de Contratos utilizaban el mismo tanto como afirmación del derecho como derecho al cumplimiento, mientras que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 usa la palabra «reclamación» en el primer sentido, mientras que utiliza «derecho al cumplimiento» en aquel contexto en que esta acepción debe ser utilizada. Otro ejemplo de refinamiento en la redacción viene dado porque los Principios del Derecho Europeo de Contratos usaban la palabra «términos» o bien «cláusulas» del contrato, mientras que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 utiliza sólo la palabra «términos» del contrato con el objeto de ser omnicomprensivo tanto de los escritos como de los no escritos.

En función de lo anterior, el propósito de este *Draft Common Frame of Reference* de 2009, ha sido dar respuesta a los requerimientos del Plan de Acción presentado por la Comisión Europea en 2003, conteniendo los Principios, Definiciones y Modelos de Reglas mencionados en ellos, por ello este trabajo lo que pretende es ayudar al proceso de desarrollo del actual acervo comunitario y

redacción de la futura legislación de la Unión Europea en el campo del Derecho Privado, colaborando en la identificación de medidas que han de ser adoptadas con este fin.

Pero en nuestra opinión, el espíritu del *Draft Common Frame of Reference* de 2009 se conoce mejor si nos acercamos más –aunque muy someramente– a los cuatro principios subyacentes antes citados, a saber, la Libertad, la Seguridad, la Justicia y la Eficiencia.

En relación con la Libertad, el punto de partida es el de la libertad para contratar, es decir, las personas deben ser libres para decidir si contratan o no, así como con quien contratan, lo que se reconoce en el II.-1:102 (1) del DCFR (2009); siendo igualmente libres las partes contractuales en cualquier momento para modificar los términos de su contrato o para poner fin a su relación contractual, tal y como prevé el II.-1:103(3) del DCFR (2009). Sin embargo, existe un principio relacionado con la libertad para contratar que no está expresamente recogido en el DCFR (2009) que es el relativo a las limitaciones de los efectos del contrato con respecto a terceros, ya que se asume que las partes sólo pueden contratar para sí mismas, a menos que otra cosa hayan previsto, y que como regla general, los contratos, regulan sólo derechos y obligaciones entre las partes que los concluyen. Así, el DFCR (2009) se limita en esta materia a citar las excepciones a esta regla general, principalmente en materia de representación, así como en las reglas sobre la estipulación a favor de tercero reguladas en II.-9:301 y II.-9:303.

Otra manifestación de la Libertad es la invalidez de los contratos que vulneren la Ley y el Orden Público, aunque el DFCR (2009) no desarrolle cuándo un contrato se considera que vulnera la Ley y el Orden Público, ya que escapa de su contenido al ser esta materia más propia de las normas penales y protectoras de la competencia de los diferentes Estados miembros en que se hayan convenido las obligaciones contractuales.

Dentro del principio de la libertad de contratar, aunque a veces se ha ubicado su análisis en sede del principio de Justicia, se encuentran las reglas del DFCR (2009) acerca del consentimiento contractual viciado, regulando la invalidez del contrato en el que una de las partes contractuales haya prestado su consentimiento mediando error o dolo. Cabe hacer notar que los remedios que el DFCR (2009) otorga para el caso del dolo no pueden ser excluidos o restringidos por pacto de las partes, II.-7:215 (1), a diferencia de lo que ocurre para el caso del error, II.-7:215 (2).

Por otro lado y como restricciones a las libertades de las partes para contratar, se ha hecho necesario debido a las diferentes regulaciones de los vicios de la voluntad que existen entre los diversos

Estados miembros (por ej. en algunas legislaciones se exige la esencialidad del error como causa de anulabilidad contractual), que el DFCR (2009) haya impuesto a las partes contractuales la obligación de suministrarse toda aquella información para que se puedan formar correctamente su juicio de voluntad y poder contratar.

El principio de Libertad también se encuentra latente a través de aquellas reglas modelo reguladoras de la responsabilidad extra-contractual, la cual sólo ha de derivarse o venir impuesta cuando se encuentre claramente justificada, así por ejemplo, el gestor de negocios ajenos tiene justificada su actuación cuando hubiera razones suficientes para la misma, y no las habrá si podía conocer las intenciones del principal y sin embargo no lo hizo, o bien si conocía o tenía expectativas de conocer que su intervención se haría en contra de los intereses del principal, V.-1:101 (2).

También como restricción a la libertad para contratar y en sede de la regulación del derecho de propiedad y dado que los efectos jurídico-reales tienen repercusión también para terceros, el DFCR (2009) prohíbe la libertad para establecer prohibiciones de disponer sobre bienes muebles, ya que la libre disponibilidad de los mismos no es sólo importante para las personas a quien pudiera afectarles, sino para toda la sociedad en general, VIII.-1:301. No obstante, y en materia de propiedad mobiliaria, la libertad de contratar también resulta reforzada en reglas tales como que las partes pueden pactar sobre el momento de adquisición de la propiedad, VIII.-2:103; así como en la regla en virtud de la cual las partes son libres para pactar en materias tales como las relativas a los efectos que se derivan de bienes mezclados o combinados que pertenecen a varias personas. Esta libertad para contratar, en su vertiente de autonomía de la voluntad contractual, también se ha visto enalteceda, por ejemplo, en materia de garantías donde pueden acordarse sin carácter posesorio, es decir, sin que el acreedor garantizado deba tener en su posesión el bien dado en garantía, lo cual no era permitido en algunos países.

El principio de Seguridad está también presente a lo largo de todo el DFCR (2009), pudiéndose citar como ejemplo las reglas destinadas a la protección de la razonable confianza y expectativas contractuales, las cuales aparecen en diferentes partes del mismo, como por ejemplo, en materia de interpretación contractual, II.-8:101, así como en las reglas relativas al error, II.-7:201.

La Seguridad contractual supone el pleno respeto de la regla del *pacta sunt servanda*, de ahí que los contratos sean plenamente exigibles entre las partes, a menos que las mismas acuerden un mutuo disenso o bien se produzca la terminación anticipada del contrato

en aquellos contratos que tienen un carácter indefinido habiendo mediado el correspondiente preaviso, regulación de estos aspectos que nos ofrece el DFCR (2009) en II.-1:103; II.-1.108; y III.-1:109; previéndose también los efectos *rebus sic stantibus* o cómo afectan al contrato la alteración sobrevenida de las circunstancias, II.-1:102 y III.-1:110 (3).

También los remedios del acreedor ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como el derecho al cumplimiento (III.- 3:301), el derecho a suspender la ejecución del cumplimiento (III.- 3:301), la terminación (III.-3:501) la reducción del precio (III.-3:601) y la indemnización de los daños y perjuicios existentes (III.-3:701), son manifestaciones del principio de seguridad contractual.

Por otro lado, las expresiones del principio de Justicia en el DFCR (2009) son aquellas que predicen el trato por igual, lo que se observa principalmente en las reglas contractuales protectoras de la no discriminación (II.-2:101 a II.-2:105 y III.-1:105); las reglas tendentes a que nadie pueda contar con su propia conducta ilegal, deshonesta o irrazonable, como por ejemplo aquella que dicta que el deudor no es responsable de los daños sufridos por el acreedor respecto de los cuales hubiera tenido la oportunidad de mitigar mediante la adopción de medidas adecuadas (III.-3:705); las que prohíben la obtención de beneficios excesivos o ventajas injustas, como por ejemplo sucede en los casos en que se permite la anulación del contrato a una parte si en el momento de su conclusión dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo (II.-7:207); las reglas que impiden la obtención de demandas excesivas, como por ejemplo el caso en que una parte queda liberada del cumplimiento de la obligación si prueba que no puede proceder al mismo debido a una imposibilidad fortuita (III.-3:104); las reglas tendentes a regular la responsabilidad por las consecuencias de las obligaciones, generalmente en el ámbito de las obligaciones no contractuales (Libro VI); las reglas que protegen a la parte más vulnerable del contrato, como por ejemplo, se pueden observar en aquella parte reguladora de la responsabilidad precontractual.

Por último, como ejemplos del Principio de Eficiencia, los autores del DFCR (2009) aluden a las mínimas formalidades y

restricciones procedimentales que se regulan en el mismo, ya que el DFCR (2009) trata de mantener las formalidades al mínimo, por ejemplo, sin que se requiera siquiera la formalidad escrita para los contratos, o bien, sin que la anulación del contrato requiera ningún trámite judicial valiendo sólo con la comunicación a la contraparte (II.-7:209), al igual que ocurre con la resolución del contrato (III.-3:507); incluso la propiedad de los bienes muebles puede ser transferida sin entrega (VIII.-2:101). De igual modo, no se requiere la existencia de causa o motivo para la conclusión de un contrato válido (II.-4:101); y se reconoce la validez y efectividad de los compromisos unilaterales (II.-1:103) (2).

En conclusión, hasta la fecha, este es el estado material de los trabajos realizados en el seno de estos grupos, tendentes a la armonización del derecho contractual europeo, con especial mención a la versión final de este *Draft Common Frame of Reference* (2009) la cual, como hemos adelantado, se había previsto concluir en el plazo de un año, teniendo lugar en octubre de 2009 y estando acompañada de notas y comentarios por los propios autores. (*Vid. nota 35*).

V. LA INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LAS CORRIENTES ARMONIZADORAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Como señala, Gómez Gállico³⁷ desde su conocimiento de la misma por su pertenencia al Ministerio de Justicia, la postura del Reino de España sigue siendo la de rechazar la elaboración de un Código Civil europeo de aplicación general a los países miembros, ya que lo que se apoya es la elaboración de unos principios de derecho contractual europeo no vinculantes («soft law»).

Es notable la atención que en fechas recientes han dedicado los autores españoles a la armonización del derecho privado europeo, sin duda, por el convencimiento acerca de la trascendencia del mismo³⁸.

³⁷ *Vid. Derecho Contractual Europeo*, pp. 546 y 547. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, «La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo».

³⁸ Con carácter general, *Vid. Derecho Privado Europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*, Jornadas de la Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 17 de noviembre de 2007. AA.VV. Editorial Thomson-Aranzadi, 2008.

Sobre estudios particulares al respecto, *Vid. Derecho Contractual Europeo*, op. cit., así como los trabajos publicados en *Indret* (www.indret.com), como por ejemplo: Xavier BASOZABAL ARRUE, «Claves para entender la compensación en Europa» (*Indret* 4/2009); Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «La prescripción en los PECL y en el DFCR» (*Indret* 3/2009); Javier J. INFANTE RUIZ y Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado

Ahora bien, esta incidencia se ha venido observando ya en las múltiples sentencias de nuestros tribunales que vienen citando entre sus argumentos y razonamientos las soluciones de este derecho contractual europeo. De esta forma, como indica González Pacanowska³⁹, en algunos casos se hace referencia a los mismos como un elemento comparativo entre distintos sistemas, como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 (RJ 2006/6080) en relación con el principio de la buena fe previsto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007 (RJ 2007/5731), donde se compara el artículo 1287 del Código Civil con normas de la Convención de Viena de 1980 y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

En otros casos, se les otorga un gran valor interpretativo para la solución de supuestos no regulados legalmente o bien sobre los que la «Doctrina discute y la Jurisprudencia vacila»; así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8631), sobre la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento y resolución cuando el plazo hubiera transcurrido en función del artículo 8:106 (3) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos; la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4702); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 13 de septiembre de 2007 (JUR 2007/335298), en la que se acude al artículo 4:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos sobre el régimen jurídico de la imposibilidad inicial; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de octubre de 2003 (RJ 2003/8687), en la que se cita el artículo 9:102 (3) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en relación con el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica en tiempo razonable, cuya doctrina se reitera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de marzo de 2007 (AC 2007/1811).

Otro grupo de casos, son como afirma González Pacanowska, aquellos en que los instrumentos armonizadores son citados a mayor abundamiento. Así, cabe citar la Sentencia del Tribunal

europeo» (Indret 3/2009); Ana SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR» (Indret 2/2009); Rocío DIEGUEZ OLIVA, «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia» (Indret 2/2009); Josep SOLÉ i FELIÚ, «El daño moral por infracción contractual. Principios, modelo y derecho español» (Indret 1/2009); Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DFCR y a los PECL» (Indret 4/2008); Paloma DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el marco común de referencia» (Indret 3/2008).

³⁹ *Vid. Derecho Contractual Europeo*, pp. 174-177, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los principios Lando».

Para un estudio jurisprudencial en este sentido, *Vid.* C. VENDRELL CERVANTES, «PECL in Spain», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008.

Supremo de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8576), donde el requisito del incumplimiento para la aplicación del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124 del Código Civil se explica en relación con lo dispuesto en el artículo 8:103 (c) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, entendiéndose que no es necesaria la «tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento», sino que bastará que se «malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte», al igual que ocurre, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921) y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/3091), la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008 (JUR/2009/8393), y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 (Id. Cendoj: 280791100012008101164), doctrina que igualmente se reproduce en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 2007 (JUR 2008/84397), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de abril de 2008 (JUR 2008/189148), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 17 de abril de 2008 (JUR 2008/332125), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 2008 (JUR 2008/187683) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2008 (JUR 2008/292158). De igual forma, en relación con la solidaridad mercantil y la compensación judicial, pueden observarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/4977) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/321).

Pero sin duda alguna, es necesario hacer notar en este contexto los loables esfuerzos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ya que en su seno han visto la luz dos trabajos importantísimos por la trascendencia de los mismos en cuanto al calado de las modificaciones del Código Civil que con ellos se pretenden⁴⁰.

Un primer trabajo titulado «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa»⁴¹ motivado principalmente por la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (hoy ubicada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores

⁴⁰ Sobre estos aspectos, *Vid.* Antonio Manuel MORALES MORENO, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas. 2006.

⁴¹ Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1998, pp. 108 ss.

y Usuarios). Como es conocido, el legislador español optó por este sistema de implementación, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos (v. gr. Alemania) donde se efectuó mediante una reforma del BGB en el año 2001.

En palabras de la propia «Exposición de Motivos» de dicha Propuesta «La Directiva que se acaba de incorporar se caracteriza por regular la responsabilidad del vendedor en lo que a las cualidades de la cosa se refiere de modo diferente al tradicional, utilizado por el Código civil español y otros Códigos europeos, tanto latinos como germánicos. Emplea el sistema de responsabilidad contractual de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España, que es el que también proponen, con vistas a la unificación, los Principios del Derecho Contractual Europeo. Es además al que en buena medida se viene orientando desde hace tiempo la evolución del propio Ordenamiento español».

En tiempos mucho más recientes ha cristalizado el segundo de los trabajos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, con el título de «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos»⁴², la cual después de razonar los motivos de la misma recoge como precedentes la meritada Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los Principios del Derecho Europeo de Contratos y las directivas comunitarias sobre protección de consumidores, con la finalidad de que «... hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los anejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico. Una segunda finalidad, ésta evidente, habrá de ser buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas. Y todo ello, en espera de una unificación de las normas

⁴² Boletín del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse».

Éstas son principalmente, a mi juicio, las bases y las finalidades pretendidas con la proyectada reforma de nuestro Código Civil, en mi opinión la de mayor importancia en sus años de historia, junto con la reforma del Título Preliminar que tuviera efectivamente lugar mediante el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionaba con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar.

No obstante y como antes he hecho referencia, hasta la espera de la unificación de las normas del Derecho Europeo, la Sección Civil de la Comisión General de Codificación ha tenido a bien, de forma muy acertada, acometer la reforma de nuestras decimonónicas normas de nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos, en aras sin duda del favorecimiento de la contratación y de las operaciones transfronterizas, entre otros motivos, ya que la armonización vía directivas comunitarias o la solución a través de las reglas de Derecho Internacional Privado no se han venido estimando como suficientes al respecto.

Se trata de una propuesta de reforma normativa, como he apuntado, de gran calado aunque necesaria, por lo que igual de importante supone que desde sus orígenes –sea considerada con un carácter más preliminar o no– haya de ofrecerse el conocimiento de la misma a la comunidad jurídica, no sólo científica sino práctica.

Puede que tenga que transcurrir tiempo hasta que la misma se lleve a cabo, incluso años, pero a nadie escapa su enorme interés, vuelvo a reiterar, no sólo desde el punto de vista dogmático sino también pragmático, máxime si tenemos en cuenta que incluso nuestros tribunales, según hemos expuesto, ya vienen acogiendo los dictados de los textos internacionales que han servido como base a la reforma del Código Civil propuesta.

Por ello, sería fructífero (y animo a ello desde ahora) realizar un estudio y análisis de la reforma proyectada, con el objeto de ofrecer no sólo el conocimiento de su articulado sino también el espíritu y bases de la misma, cuyo indudable valor sería el de mostrarnos tales antecedentes, el examen comparado de los textos internacionales citados y los motivos de cada uno de los preceptos del Código Civil objeto de la propuesta modificativa citada, lo que como en su día dijo García Goyena, en cuanto a la importancia de su obra, que «esa interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho previa discusión con aprobación de las secciones».

Como es conocido, la obra de García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 1851) resultó y

sigue resultando clave para la interpretación del Código Civil de 1889. Así, el referido autor daba explicaciones sobre cada precepto haciendo referencia a las legislaciones extranjeras que se habían tenido en cuenta en su redacción (Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña), previo recurso a los textos romanos y de nuestro Derecho Histórico, ya que como decía el ilustre autor en el Prólogo a su citada obra «a 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».

García Goyena, realizó luego sus «motivos» ya que «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 a un código sobre los otros, ó nos habemos separado de todos».

Finalmente, García Goyena nos expuso sus «comentarios» que en sus palabras «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».

De la importancia de la obra de García Goyena no cabe duda, habiendo tenido la oportunidad de ensalzarla, entre otros muchos, el profesor Lacruz en un excelente trabajo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* con el título «Las «concordancias» de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil»⁴³, quien la calificó de valor excepcional e incomparable, en la fijación de la voluntad del legislador.

Es decir, existen antecedentes en nuestra literatura jurídica de extrema importancia para apreciar y concretar la «*mens legislatoris*», tales como la citada obra de García Goyena.

Dichos antecedentes nos hacen decantar por la conveniencia de que los trabajos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sean analizados y tratados con el rigor que se merecen puesto que a buen seguro, en un futuro, un trabajo como el aquí propuesto puede ser clave igualmente para la interpretación de los textos positivos reformados. Pero no sólo con vistas a dicho futuro, sino también en la actualidad, la práctica de unos comentarios al articulado del Código Civil que se pretende reformar coadyuvará sin duda a acercar a la totalidad de la comunidad jurídica los textos internacionales que han servido como bases de dicha reforma pro-

⁴³ *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974, pp. 289 a 302.

yectada, lo cual redundará en un mayor conocimiento y utilización práctica de los mismos.

De hecho aunque con carácter parcial ya existe la preocupación por un acercamiento a esta pretendida modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos⁴⁴, nuestra propuesta pasa por un análisis global de la misma, ya que el trabajo que consideramos conveniente pasaría pues por explicar los antecedentes del precepto reformado con base a la normativa internacional citada, en ofrecer cómo se aborda el supuesto de hecho correspondiente en otras legislaciones (cuando así se estime) y el tratamiento del mismo en resoluciones jurisprudenciales (nacionales y comparadas), mostrando la evolución que en muchos aspectos han venido atendiéndose desde las mismas. Para ello, serán de indudable valor los trabajos y comentarios que de dichos textos se han venido realizando y los que en la actualidad se realizan, como por ejemplo, los efectuados sobre el *«Common Frame of Reference»*.

VI. EPÍLOGO

Como hemos tenido ocasión de comprobar los iniciales objetivos de las instituciones comunitarias consistían en la elaboración de un Código Civil europeo, especialmente en las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de junio de 1989 y 25 de julio de 1994. Incluso la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 marcó como fecha final para dicha codificación el año 2010.

Sin embargo, la Comisión Europea abandona también sus iniciales posiciones y se decantó en 2003 por la elaboración de un Plan de Acción que pasaría por la elaboración de un Marco Común de Referencia con el objetivo de revisar el acervo comunitario y de actuar como Ley Modelo facultativa que sirviera de guía a los legisladores nacionales. Definitivamente, la fórmula del «soft law» es la querida por la Comisión Europea, aunque el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de diciembre de 2007 solicite a la Comisión que se mantenga abierta a cualquiera de las formas jurídicas en que pudiera cristalizar el Marco Común de Referencia.

Pese a las reseñadas bondades de la finalidad del Marco Común de Referencia consistentes principalmente en la obtención de un texto académico altamente cualificado que puede servir como mate-

⁴⁴ *Vid.* por ejemplo, Ignacio MARÍN GARCÍA, «La cláusula penal en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret* 2/09; Pablo SALVADOR CORDECH, «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret* 4/09.

rial científico para la discusión académica y política, y aún con la indefinición que supone su propio concepto, no es menos cierto, que el mismo no ha estado exento de numerosas críticas. Cabe citar, en el ámbito internacional las vertidas acerca de su falta de legitimidad democrática por el «*Study Group on Social Justice in European Private Law*»⁴⁵, donde autores como G. Alpa, M. Barcellona, M. Bussani, H. Collins, S. Grundmann, M. Hesselink, C. Joerges, D. Kennedy, U. Mattel, G. Teubner y T. Wilhelmsson, afirman que el Marco Común de Referencia se está realizando por una serie de élite jurídica ligada a poderosos intereses económicos.

En nuestro país, destacan a nuestro juicio las críticas a esta pretendida armonización europea realizada en clave internacionalista, como por ejemplo, las efectuadas por Sixto Sánchez Lorenzo⁴⁶ claramente contrarias a la codificación europea, argumentando problemas de falta de competencia comunitaria para la elaboración de un código europeo y aduciendo además que el Derecho comunitario permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas la relaciones internas «cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado».

Igualmente, merecedoras de cita, aunque desde óptica más civilista, se encuentran las críticas efectuadas por Tomás Rubio Garrido⁴⁷, quien aboga en contra de la codificación europea por estar en contra de la desaparición de los Estados nacionales, por considerar que el «ius commune» no es más que un mito historiográfico, por entender que existe un pobre nivel doctrinal en la actualidad para afrontar dicha tarea, porque existe una ausencia de consenso político-constitucional mínimo sobre el Código Civil europeo y porque la Unión Europea carece de competencias para la elaboración de dicho Código Civil europeo, así como por entender que tras estas tendencias se encuentran diferentes *lobbies* jurídicos y económicos con intereses transnacionales.

En nuestra opinión, no puede sostenerse que los trabajos armonizadores del derecho privado europeo sean frutos de teóricos del derecho ajenos a la práctica jurídica que atienden única y exclusivamente a los intereses particulares de dichos grupos de científicos. Siempre hemos creído –como decía Savigny en su Sistema de Derecho Romano Actual– en la unión de la teoría y de la práctica,

⁴⁵ «Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto», *ELJ*, vol. 10, n.º 6, 2004, pp. 653-674.

⁴⁶ *Vid. Derecho Contractual Europeo*, op. cit., pp. 101 ss.

⁴⁷ Tomás RUBIO GARRIDO, «Interrogantes y sombras sobre el código europeo de derecho privado y los juristas europeístas». *Revista de Derecho Privado*, núm. 11/2005, noviembre-diciembre de 2005.

puesto que de no ser así la «teoría corre el riesgo de convertirse en un vano ejercicio del espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico». Quizás lo anterior se comprenda con mayor facilidad si por «teoría jurídica» entendemos⁴⁸ «la reflexión sobre la naturaleza y los caracteres generales del Derecho; el estudio del fenómeno jurídico con pretensión de dar cuenta de su presencia social, de su estructura y funcionamiento, e incluso de cómo mejor comprenderlo», entendiéndose por «práctica jurídica» la «determinación o identificación de lo que el Derecho dispone en un caso, sea abstracto o concreto; incluye tanto la investigación sobre el sentido específico de las prescripciones jurídicas (interpretación) como la atribución autorizada de dicho sentido para un caso concreto (aplicación)», de ahí que con carácter general coincidamos con Ronald Dworkin que el teórico del derecho no pueda abstenerse de practicarlo en algún modo, apreciación sobre la que dicho filósofo del Derecho ha elaborado su conocida tesis acerca de la indiferenciación entre teoría y práctica jurídicas.

Pues bien, aunque el propio Marco Común de Referencia haga énfasis en el carácter académico del mismo, dicho «academicismo» no puede ser consideradamente aislado en sí mismo de la «pragmática» jurídica europea actual, respecto de la cual, creemos haber ofrecido suficientes muestras sobre su insuficiencia para el ofrecimiento de soluciones jurídicas adecuadas en el marco del proceso integrador europeo, ante todo, por la dispersidad y diversidad de dichas respuestas las cuales (y salvo excepciones) vienen otorgándose desde un excesivo localismo jurídico.

La comprensión teórica de la labor integradora del derecho europeo hasta estas fechas indudablemente ha de redundar en una mejor interpretación y aplicación de las normas jurídicas de los diferentes sistemas legislativos de los países miembros de la Unión Europea, así como en la obtención de un cuerpo jurídico que aunque no sea directamente vinculante porque no sea un sistema normativo codificado, sí que ha de servir al teórico-práctico del derecho privado para atender a la resolución de la múltiple problemática que se ofrece a través de principios que encuentran su raíz en los sistemas clásicos jurídicos.

Esta labor integradora no está ni mucho menos finalizada, es más consideramos que aún resta un largo camino por recorrer, y en cuanto a éste es para el que seguimos propugnando que la armonización del derecho privado se haga en atención a los postulados jurídicos comunes propios de nuestra tradición jurídica europea y

⁴⁸ *Vid. Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, «La demarcación entre teoría y prácticas jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, enero 2000.*

de los que indudablemente gozan tanto el Sistema Continental como el Sistema del *Common Law*, en función de una atendida investigación histórica de las diferentes normas jurídicas y los sistemas en que se incardinan.

Dije al comienzo que pese aunque se pretendiera que estas ideas y sugerencias no fueran tomadas como una moderna Ley de Citas, no es menos cierto, que entendemos que este Marco Común de Referencia ha de servir como un conjunto normativo de aplicación voluntaria y por razón de la autoridad de sus principios y no como directa e imperativamente aplicable, puesto que a nadie se le escapa la inviabilidad de la elaboración de un Código Civil europeo en la actual situación de la Unión Europea, pues si tanto trabajo ha costado la adhesión de los países miembros al Tratado de Lisboa, mayor sería en la actualidad el rechazo a la elaboración de un verdadero Código Civil europeo, tanto entre la clase política dirigente, como entre la sociedad civil, e incluso entre determinados miembros de la comunidad científico-jurídica.

Han pasado ya bastantes años desde que en 1974 en la *Copenhagen Business School*, el Dr. Hauschild y el profesor Lando, manifestaran estar de acuerdo sobre la insuficiencia de las opciones propuestas para lograr una uniformidad legal necesaria en un mercado único europeo, y muchos han sido los trabajos herederos de aquellas primigenias inquietudes, que aunque no hayan cristalizado aún en la elaboración de un Código Civil europeo realmente han supuesto un gran avance en el estudio y aplicación del derecho privado en la Unión Europea.

Estos trabajos han ofrecido textos como son los Principios del Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión Lando y el *Draft Common Frame of Reference* de 2009 y pese a las críticas en cuanto a redacción y contenido que pueda hacérseles a los mismos, no cabe duda de que son de indudable valor para los propósitos que ambos se marcaron. Críticas en cuanto a su «cuerpo», no en cuanto a su «espíritu», el cual no sólo ha de considerarse de carácter necesario sino que su persecución debe continuar y proseguirse.

Igualmente, los mismos han contribuido a la vez, a lo que se ha dado en llamar «Modernización del Derecho de Obligaciones», la cual se ha potenciado no sólo desde la práctica de la legislación comunitaria al uso, sino mediante auténticas reformas legislativas llevadas a cabo en algunos países miembros de la Unión Europea, como por ejemplo la efectuada en Alemania en 2001 sobre su BGB, o las que se pretenden también en otros países en base a los mismos, como demuestran las recientes propuestas de modificación

del Código Civil efectuadas en el seno de nuestra Comisión General de Codificación. Y no es menos cierto que la influencia y el recurso a los mismos (en una u otra dirección) se está dejando notar en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en resoluciones judiciales de los diferentes países de la Unión Europea.

En conclusión, la armonización del derecho privado europeo, con independencia de las modernizaciones de los sistemas legislativos nacionales, ha de ser una de las metas a conseguir en el seno del proceso unificador europeo. La práctica en este caso ofrece la razón de ser de dicho proceso y la teoría debe ofrecer los postulados básicos para el mismo.

Por ello, ante lo propuesto y el curso de los acontecimientos, ninguno de los diferentes agentes jurídicos debiera mostrar ante esta armonización la antigua postura del juez romano del «*non licet*», puesto que el *Draft Common Frame of Reference* de 2009, al igual que los Principios del Derecho Europeo de Contratos, ya ofrecen un conjunto de respuestas científicamente construidas a la problemática actual propia del derecho privado europeo.

También y por las meritadas razones, tanto los órganos comunitarios como nacionales competentes tampoco deberían abstenerse a modo de «*non licet*» ante la presentación de propuestas tendentes a dicho proceso unificador.

En suma, *imperio rationis si no ratione imperii*, esto es, por «mandato de la razón y no por la autoridad del imperio», ha de contribuir el Marco Común de Referencia a los propósitos unificadores del derecho privado europeo.

Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia*¹

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI**²

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales,
Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri.

RESUMEN

Durante las dos últimas décadas la doctrina española ha comenzado a prestar atención a los deberes precontractuales de información. Al hacerlo se ha servido de consideraciones de eficiencia para precisar el alcance de estos deberes. Sin cuestionar esta práctica, este trabajo procura formular algunas precisiones respecto del uso de esa especie de consideraciones. En primer lugar se trata de precisar qué se ha entendido por eficiencia para estos efectos. A continuación, se intenta mostrar cómo pueden articularse consideraciones de eficiencia con otras más propias del discurso jurídico.

PALABRAS CLAVE

Deberes precontractuales de información, eficiencia, error, dolo, protección de la confianza, principio de autorresponsabilidad.

ABSTRACT

From the last two decades Spanish scholars have begun to pay attention to precontractual duties to inform. In so doing they have used efficiency considerations to delimit them. Leaving aside the eventual criticism of this practice, this paper intends to formulate some precisions about the use of this kind of arguments. Firstly I try to show what has been understood by efficiency in this

* Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados», vigencia 2009-2011 DER2008-00968/JURI financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Dirigido por el profesor doctor Antonio Manuel Morales Moreno. Agradezco, como en tantas otras ocasiones, la ayuda de la profesora Lis Paula San Miguel Pradera, a cuya inteligencia y generosidad tanto debo. Los errores que quedan son, desgraciadamente, míos.

** Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

regard. Secondly, I offer a model which articulates the coexistence of efficiency considerations with some other arguments more familiar to legal discourse.

KEY WORDS

Duties to inform, efficiency, mistake, fraud, fiduciary relationship, caveat emptor.

SUMARIO: I. *Consideraciones de Eficiencia Asignativa y Productiva:*

A) Los casos: 1. Laidlaw v.Organ. 2. Texas Gulf Sulphur. B) Eficiencia asignativa. C) Eficiencia productiva. D) Algunos problemas internos con las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva: 1. La eficiencia asignativa y la distinción de Kronman. 2. La eficiencia productiva, inadecuación de la teoría a la práctica.–II. *El Ámbito de Aplicación de las Consideraciones de Eficiencia:* A) Deberes típicos y atípicos. B) Incardinación: 1. El error. 2. El dolo por omisión. C) Casos difíciles. III. *Casos Realmente Difíciles:* A) Buena fe y consideraciones de eficiencia. B) La primacía de las consideraciones de confianza y autorresponsabilidad: 1. La protección de la confianza. 2. El principio de autorresponsabilidad. 3. Primacía. C) Los intersticios de la confianza y la autorresponsabilidad: casos realmente difíciles: 1. El ejemplo. 2. Ni confianza ni autorresponsabilidad. 3. El uso de consideraciones de eficiencia.

La literatura que se ha ocupado de los deberes precontractuales de información (en adelante DPI¹) en España presenta dos peculiaridades. La primera de ellas es su relativa escasez, al menos en lo que se refiere a obras de carácter monográfico². La segunda peculiaridad, es un cierto grado de compromiso con la utilización de consideraciones de eficiencia³.

El ánimo de este trabajo se relaciona con la segunda de estas dos peculiaridades. Su objeto es el uso de consideraciones de eficiencia en el estudio de los DPI. Su objetivo consiste en agudizar la comprensión del uso de estas consideraciones en el ámbito español.

El plan de esta investigación se estructura en tres partes. La primera de ellas se ocupa de las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva (I). La segunda parte procura fijar el ámbito de aplicación de dichas consideraciones (II). Finalmente, la tercera parte busca delinear con mayor precisión ciertas directrices de aplicación de las consideraciones de eficiencia (III).

¹ Utilizo el acrónimo tanto para el singular («deber precontractual de información») como para el plural («deberes precontractuales de información») de la expresión.

² Ver GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid, 1994 y LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

³ Ver pp. 1703-1704.

I. CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA ASIGNATIVA Y PRODUCTIVA

¿Qué información es lícito retener durante la negociación de un contrato? En un extremo, parece evidente que un negociante no tiene el deber de comunicar el mayor precio que estaría dispuesto a pagar por un bien o servicio⁴. En otro extremo, resulta igualmente evidente que un negociante debe informar al otro que la cosa que le está vendiendo tiene un defecto oculto que la inhabilita totalmente para la función que se le ha asignado en el contrato⁵. El problema se encuentra en los supuestos que quedan al medio de estos dos extremos. ¿Debe el arrendador informar al arrendatario que el terreno alquilado para dedicarlo a una cancha de minigolf no puede ser destinado a este uso? O bien ¿Debe el comprador informar al vendedor que el cuadro que se vende como una imitación es verdadero, o que en el terreno que está adquiriendo se construirá un parque de diversiones o una carretera?

Este tipo de preguntas no han dejado indiferentes a los juristas ni a los economistas. Quienes examinan el fenómeno jurídico sirviéndose, con mayor o menor intensidad, de instrumental propio de la microeconomía han respondido a la pregunta acerca de la licitud de la reticencia sirviéndose de argumentos que pueden presentarse agrupados bajo consideraciones de eficiencia asignativa y consideraciones de eficiencia productiva.

Es posible ilustrar ambos tipos de consideraciones a través de una presentación muy rudimentaria de dos casos en torno a los cuales pueden reunirse las principales opiniones al respecto. El primero de ellos es *Laidlaw v. Organ* y, el segundo, *Texas Gulf Sulphur*.

A) Los casos

1. *Laidlaw v. Organ*⁶

Hector Organ actuaba como comerciante de tabaco en la ciudad de Nueva Orleans. A primera hora de la mañana del 19 de febrero de 1815, tuvo conocimiento de la firma del Tratado de Ghent que ponía fin a la Guerra de 1812 entre Estados Unidos e Inglaterra. Una de las consecuencias de dicho conflicto fue que un bloqueo impuesto por la armada británica sobre Nueva Orleans mantuvo los precios del tabaco inusualmente bajos. Como resultado de la firma

⁴ Tomo el ejemplo de STRUDLER, A., «Moral Complexity in the Law of Non-Disclosure», en *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997, p. 343.

⁵ Ver, por ejemplo, POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 7.^a ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007, pp. 111-112.

⁶ *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178.

del Tratado se puso fin al bloqueo y se produjo, casi de inmediato, un alza en el precio del tabaco.

Organ fue una de las primeras personas en enterarse del levantamiento del bloqueo. Uno de quienes habían negociado el Tratado con la flota inglesa la noche del 18 de febrero de 1815 era hermano de su socio en el comercio de tabaco. Conociendo este dato, la mañana siguiente, a primera hora, se dirigió a negociar la compra de una importante partida de tabaco (111.000 libras) con la *Peter Laidlaw Company*. Durante la negociación, el representante de *Laidlaw* le preguntó a Organ si existían noticias que pudieran aumentar el precio del tabaco. En la sentencia no consta si Organ respondió a la pregunta o si, simplemente, se mantuvo en silencio, lo que se sabe es que no informó sobre el alza del bloqueo, dato que el vendedor desconocía. En un breve lapso de tiempo después de la celebración de la compraventa, la noticia acerca del cese del bloqueo se hizo pública⁷ y el precio del tabaco subió inmediatamente entre un treinta y un cincuenta por ciento.

Requerido por Organ, *Laidlaw* se negó a entregar el tabaco señalando que había sido engañado. El comprador presentó una demanda, en la que alegó incumplimiento de contrato y solicitó que se condenara al vendedor a indemnizarle daños y perjuicios.

2. *Texas Gulf Sulphur*

A comienzos de la década de los sesenta, *Texas Gulf Sulphur* invirtió una gran cantidad de dinero realizando prospecciones aéreas en busca de anomalías geológicas (*electromagnetic mineralization anomalies*) en la región de Timmins, Ontario. A partir de estas prospecciones, la empresa llegó a la conclusión de que era altamente probable la existencia de valiosos yacimientos de minerales bajo el terreno que ocupaba una granja propiedad de los herederos de la sucesión de Murray Hendrie.

Con esta información, la empresa adquirió por 500 dólares una opción sobre los derechos de explotación minera de la propiedad, señalando que, si así lo deseaba, podría adquirir los derechos de explotación minera por el precio de 18.000 dólares. Opción que, más tarde, *Texas Gulf Sulphur* hizo efectiva. Los depósitos que existían bajo la propiedad de la sucesión de Hendrie resultaron extraordinariamente valiosos, con un valor aproximado de mil millones de dólares.

⁷ La compraventa se negoció entre las 9 y las 10 de la mañana, aparentemente la noticia se hizo pública aproximadamente dos horas más tarde.

Una vez que la información se hizo pública, el representante de la sucesión de Hendrie demandó a *Texas Gulf Sulphur* alegando error bilateral (*mutual mistake*) e incumplimiento del deber de informar (*non-disclosure*).

B) Eficiencia asignativa

Laidlaw v. Organ ha sido célebremente utilizado por Anthony Kronman⁸. Desde la perspectiva de este autor, en casos como éste, debe concederse un *property right* a quien posee la información, inmunizándolo, de esta manera, del deber de comunicarla a la otra parte durante las negociaciones del contrato⁹.

Para presentar la posición de Kronman resultará útil, en primer lugar, detenerse brevemente sobre la distinción entre información deliberadamente adquirida y casualmente adquirida.

Basta definir qué se entiende por información deliberadamente adquirida, pues la excluida será aquella que fue casualmente adquirida. En palabras de Kronman:

«As it used here, the term “deliberately acquired information” means information whose acquisition entails costs which would not have been incurred but for the likelihood, however great, that the information in question would actually be produced»¹⁰.

Un ejemplo del mismo autor permitirá ilustrar ambas especies de información:

«A securities analyst, for example, acquires information about a particular corporation in a deliberate fashion –by carefully studying evidence of its economic performance. By contrast, a businessman who acquires a valuable piece of information when he accidentally overhears a conversation on a bus acquires the information casually»¹¹.

Ilustrada la distinción, resultará útil vincularla a consideraciones de eficiencia asignativa. Según Kronman:

«From a social point of view, it is desirable that information which reveals a change in circumstances affecting the relative value of commodities reach the market as quickly as possible (or put differently, that the time between the change itself and its comprehension and assessment be minimized)»¹².

⁸ KRONMAN, A., «Mistake, Disclosure and the Law of Contract», *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 1, 1978, *passim*.

⁹ Utilizo la expresión en su sentido más frecuente, es decir como una facultad para determinar cómo se utiliza un recurso. Ver ALCHIAM, A., «Property Rights», en *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponible en <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/PropertyRights.html>. Visitado 27/2/2007.

¹⁰ KRONMAN, «Mistake, Disclosure», p.13.

¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹² *Ibid.*, p. 12.

Algo más adelante, señala:

«Allocative efficiency is promoted by getting information of changed circumstances to the market as quickly as possible. Of course, the information doesn't just «get» there. Like everything else, it is supplied by individuals (either directly, by being publicized, or indirectly, when it is signaled by an individual's market behavior)»¹³.

En términos de eficiencia asignativa, lo determinante es que la información alcance el mercado con la mayor prontitud posible. Sin embargo, para ello, es necesario que alguien provea dicha información. La métrica para determinar si deben o no imponerse deberes de información es el impacto que tendrá la imposición de dicho deber sobre la llegada de información al mercado. A veces, la imposición de un deber de informar reducirá el periodo que media entre que se produce un cambio en las circunstancias que determinan el valor relativo de un bien y que dichas circunstancias sean publicitadas. Así, por ejemplo sucede con la presencia de vicios redhibitorios en la cosa que se vende¹⁴.

En otras situaciones, sin embargo, la imposición de un deber de informar puede dilatar dicho periodo. Un ejemplo contribuirá a esclarecer esto. Se trata de un caso resuelto por el *Tribunal de Grande Instance* de París en 1985. La Congregación de las Hermanas de San Charles de Puy vendió un conjunto de objetos a un comerciante de arte por la suma de 6.800 francos. Entre los objetos se encontraba una pintura que más tarde fue adquirida por un restaurador de pinturas por 4.000 francos. Tras una paciente restauración y una considerable investigación llevada a cabo principalmente en Italia, el restaurador descubrió que la pintura era un trabajo del pintor italiano Lorenzo Lotto. El restaurador vendió la pintura en 3.250.000 francos al Museo del Louvre¹⁵. Asumiendo que lo socialmente deseable es que la información sobre la verdadera autoría del cuadro llegue cuanto antes al mercado lo que se trata de responder es cómo generar los incentivos para que las personas se involucren en actividades que lo permitan. La respuesta más evi-

¹³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23. Una posición similar mantiene FABRE-MAGNAN («Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis», en BEATSON, J., y FRIEDMAN, D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Londres, 1997, pp. 116-117). Señala la autora francesa que la imposición de un deber de informar la presencia de vicios ocultos no establece desincentivos al vendedor para procurarse información sobre la cosa, sino que, todo lo contrario, establece incentivos para que se entere del estado de su casa antes de venderla.

¹⁵ En la narración de los hechos sigo a GHESTIN J., «The Precontractual Obligation to Disclose Information». En Harris D., y Tallon, D. (eds.), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 159.

dente es permitiendo al restaurador capturar los beneficios económicos de la información que posee. Sin embargo, la imposición de un deber de informar al restaurador del cuadro, en virtud del cual deba comunicar al vendedor sus sospechas acerca de la posible autoría de Lotto, impide que el primero capture los beneficios, porque el solo hecho de comunicar la información la transfiere¹⁶ y al hacerlo el restaurador pierde el beneficio. Por este motivo, en esa situación simplemente se abstendrá de la transacción y el cuadro quedará en un uso menos valioso que aquel asignado por el Museo del Louvre.

Si se impone un deber de informar a quien ha invertido en la producción de información, se establece a la vez un desincentivo para que otros, en el futuro, vuelvan a invertir en ese tipo de información. En cambio, si no se ha invertido –esto es, si la información ha sido adquirida gratuitamente– la imposición de un deber de informar no produce, desde la perspectiva de KRONMAN, efectos dañinos –después de todo, la información se ha adquirido azarosamente, un deber de informar, como es evidente, no desincentiva el azar–. En síntesis, tratándose de información deliberadamente adquirida no debe imponerse un DPI; tratándose de información gratuitamente adquirida, la imposición de dicho deber se encuentra justificada.

C) Eficiencia productiva

En términos de eficiencia productiva, lo determinante no es el proceso –esto es la forma como se adquiere la información– sino la naturaleza de la información. La distinción clave aquí es entre efectos productivos y redistributivos de la información. Esta distinción se endereza a partir de un trabajo temprano de Jack Hirshleifer¹⁷ en el que distingue entre dos tipos de información: el conocimiento previo (*foreknowledge*) y el descubrimiento (*discovery*). El primer tipo de información es ejemplificado por el autor a través de la habilidad de predecir exitosamente el tiempo. El segundo tipo de información se refiere al reconocimiento de algo que probablemente existe, pero se encuentra oculto y no se revelará a menos que alguien lo descubra¹⁸. En términos de bienestar social, el conocimiento previo no es particularmente valioso, simplemente permite a quien dispone de él mejorar su posición negociadora al utilizarlo;

¹⁶ RUDDEN, B., «Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements», *RTDC*, 1985, p. 95.

¹⁷ HIRSHLEIFER, J., «The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity», en *American Economic Review*, vol. 61, 1971, pp. 561-574.

¹⁸ *Ibid.*, p. 562

en cambio, el descubrimiento aumenta la riqueza de la sociedad en su conjunto. Convendrá detenerse algunos momentos sobre esto.

El análisis de Hirshleifer se estructura a propósito de las políticas de patentes industriales, por ello, no considera, específicamente, el problema del deber de informar, sin embargo, sienta las bases para que otros lo hagan a partir de su distinción entre los dos tipos de información ya señalados. Así, por ejemplo, Cooter y Ulen¹⁹, Coleman et alii²⁰, Schäfer y Ott²¹, Shavell²² y, en el derecho español, Paz-Ares²³.

En su tratamiento del error unilateral Cooter y Ulen analizan, desde una perspectiva económica, *Laidlaw v. Organ*. La sugerencia de estos autores consiste en distinguir según si se trata de información productiva o redistributiva. La primera de ellas es «aquella que puede utilizarse para producir más riqueza», la segunda únicamente «crea una ventaja negociadora que puede usarse para redistribuir la riqueza a favor de la parte informada»²⁴. La distinción entre información productiva y redistributiva permite formular el siguiente principio económico para la creación de incentivos por parte del ordenamiento jurídico:

«Los contratos basados en el conocimiento de información productiva que tiene una de las partes deberían hacerse cumplir, mientras que los contratos basados en el conocimiento que tiene una de las partes de información puramente redistributiva no deberían hacerse cumplir»²⁵.

Aplicada la distinción a *Laidlaw v. Organ* la conclusión es que la información del comprador es predominantemente redistributiva, por lo tanto, el contrato no debe hacerse cumplir.

Coleman et alii utilizan la distinción de Hirshleifer para advertir que no siempre es eficiente el reconocimiento de un *property right* sobre la información, sino únicamente cuando se trata de información cuyos efectos son predominantemente productivos²⁶. Por su parte, Schäfer y Ott distinguen entre información productiva e

¹⁹ COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998, pp. 348 y ss.

²⁰ COLEMAN, J., HECKATHORN, D. y MASER, S., «A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 12, 1989, pp. 693-696.

²¹ SCHÄFER H.-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 307.

²² SHAVELL, S., «Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale», *The Rand Journal of Economics*, vol. 25, n.º 1, 1994, p. 20.

²³ PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2890.

²⁴ COOTER Y ULEN, *Derecho y economía*, p. 350

²⁵ Loc. Cit.

²⁶ COLEMAN et alii, «A Bargaining Theory», pp. 693-694

improductiva²⁷. Desde la perspectiva de estos autores, es productiva la información que genera ganancias netas en bienestar social, improductiva aquella que es ventajosa para un particular, pero no para la sociedad en su conjunto. Es productiva, por ejemplo, la información respecto de los efectos de los fertilizantes químicos de las plantas en la medida que permite aumentar la producción mundial de alimentos de forma que no sería posible hacerlo sin dicha información. Es, en cambio, improductiva la información que tiene un agente de la propiedad inmobiliaria sobre un plan de urbanización que le permite comprar un terreno en un precio y venderlo en otro cien veces mayor. Le otorga un beneficio al titular de la información, pero no hay beneficios sociales²⁸. En términos de eficiencia productiva, entonces, existen razones para no imponer un deber de información cuando se trata de informaciones que generan nueva riqueza (a fin de crear incentivos para su adquisición y utilización), y para imponerlo cuando se trata de informaciones improductivas (para disuadir a las personas de que inviertan recursos en adquirir este tipo de información). En una perspectiva similar, Shavell, considera que sólo debe incentivarse la adquisición de información socialmente valiosa y no, en cambio, el «conocimiento previo» en los términos que utiliza esta expresión Hirshleifer²⁹.

Lo que afirman quienes distinguen entre información productiva y redistributiva es que tratándose de la primera, el Estado debe tomar medidas para proteger la información, absteniéndose de imponer un deber de informar. La razón de lo anterior es que la imposición de dicho deber desalentaría la búsqueda de ese tipo de información, que produce mayor riqueza social. Tratándose de información redistributiva, se sugiere que la inversión en ella, únicamente mejora la posición de la parte que la adquiere³⁰. Proteger la posición de quien tiene este tipo de información, permitiéndole no revelarla a la otra parte durante la negociación del contrato es socialmente ineficiente pues produce un desperdicio de recursos en dos sentidos. De una parte, estimula el gasto es adquirir este tipo de información y, de otra, conduce a las partes que no tienen información a incurrir en gastos defensivos frente a quienes tienen mayor información³¹.

Ahora bien, lo cierto es que toda información posee efectos productivos y redistributivos³², lo determinante desde esta mirada

²⁷ SCHÄFER Y OTT, *Manual*, p. 307.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ SHAVELL, «Acquisition and disclosure», p. 21.

³⁰ Este es el caso de *Laidlaw v. Organ*.

³¹ COOTER Y ULEN, *Derecho y economía*, p. 350.

³² *Texas Gulf Sulphur* es un buen ejemplo de esto. La información sobre la existencia de minerales posee efectos redistributivos toda vez que enriquece a la empresa al desplazarle los valiosos recursos de los herederos de la sucesión Murray. A la vez, la informa-

es que las utilidades del efecto productivo superen a los costos en que debe incurrir una de las partes para generar la información y aquellos en que incurre la otra para protegerse, solo en ese caso la regla que permite no revelar información es socialmente valiosa en términos de eficiencia³³.

D) Algunos problemas internos con las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva

La utilización de consideraciones de eficiencia para la resolución de problemas jurídicos puede someterse tanto a críticas externas como internas. Son externas aquellas que cuestionan la pertinencia del uso de este tipo de consideraciones en la comprensión y evaluación de un determinado fenómeno jurídico. Son, en cambio, internas, aquellas que aceptando dicho uso, discuten que la aplicación de dichas consideraciones haya sido hecha correctamente en el caso particular. Los problemas que me interesa considerar en lo inmediato corresponden a críticas internas.

1. La eficiencia asignativa y la distinción de Kronman

En términos de eficiencia asignativa, la distinción de Kronman puede ser sujeta a dos críticas. La primera es que si lo que se desea es que la información se haga pública con la mayor rapidez posible, su distinción entre información casual y deliberadamente adquirida no es adecuada. La segunda es que, en términos de bienestar social, no siempre se justifica proteger a quien ha invertido en información. Resultará útil presentar ambas observaciones con mayor detención.

Con respecto a la primera crítica, si de lo que se trata es que la información que se refiere a circunstancias que afectan al precio relativo de un bien llegue al mercado con la mayor rapidez posible, lo importante no es únicamente incentivar la producción de información, sino, además su utilización. La producción se incentiva, desde la mirada de Kronman asignando un *property right* sobre la información deliberadamente adquirida, sin embargo, es posible que información gratuitamente adquirida se refiera a circunstancias que afectan al valor de ciertos bienes, si dicha información no es protegida no existen incentivos para *utilizarla*³⁴. Por lo mismo, la

ción posee efectos productivos en la medida que una mayor oferta de minerales crea riqueza social.

³³ Ver COLEMAN *et alii*, «A Bargaining Theory», p. 151

³⁴ Así, por ejemplo, alguien puede enterarse casualmente de la existencia de un valioso cuadro, cuyos dueños ignoran que se trata de una obra de arte. Si de lo que se trata

imposición de un deber de informar producirá el efecto de retardar la llegada de dicha información al mercado³⁵.

La segunda crítica es que, en términos de bienestar social, no siempre se justifica proteger la producción o adquisición de información. Como ha sugerido, con elocuencia, Birmingham:

«Judicial rules should encourage cows» does not follow from «cows are good (...) We may already have too many cows in that the marginal cost of maintaining a cow exceeds a cow's marginal benefit. The same may be true of information. Where should the encouragement stop? We are talking about social cost here. Maximizing the number of cows or the amount of information seldom optimizes (...) "information is costly to produce." The resources used to produce this information might have produced something else»³⁶.

La crítica de Birmingham señala que, en términos de bienestar social, no se justifica proteger la producción de cualquier tipo de información. Producir información suele ser costoso, en términos de bienestar social, incurrir en dichos costos únicamente tiene sentido cuando existe una ganancia neta, es decir, una ganancia social deducidos los costos que irroga la producción de información y la regla que asigna un *property right* sobre ella.

Presentadas estas dos críticas es tiempo de volver sobre *Laidlaw v. Organ* ¿Se justifica, en términos de eficiencia asignativa proteger el secreto del comprador, permitiéndole no revelar la información sobre el alza del bloqueo al vendedor? Para que la respuesta sea afirmativa, es necesario que exista una ganancia derivada de la mayor rapidez de la llegada de la información sobre el cambio de circunstancias (el alza del bloqueo) al mercado³⁷. Pero ¿en qué sentido puede haber sucedido esto si la información iba a hacerse pública algunas horas después de la celebración del contrato? El problema es que la protección del secreto no produce ninguna ganancia social y sí produce algunos costos, por ejemplo, el que, en el futuro, algunos inviertan recursos en adquirir este tipo de información y otros inviertan en protegerse del uso de dicha información.

es de que esa información alcance el mercado tan pronto como sea posible, es irrelevante la forma en que se adquirió la información. Lo que es determinante es que el Ordenamiento jurídico provea de incentivos al titular de la información para utilizarla. Kronman está en lo correcto cuando advierte que la regla que impone un deber de informar en este caso, no influirá negativamente sobre la producción de este tipo de información en el futuro, pero omite señalar que influirá negativamente sobre el uso de esta información por parte de quien la haya adquirido casualmente.

³⁵ Ver EISENBERG, M., «Disclosure in Contract Law», *Cal. L. Rev.*, vol. 91, 2003, pp. 1657-1660.

³⁶ Ver BIRMINGHAM, R., «The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ», *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 29, 1988, p. 259.

³⁷ BARNETT, R., «Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 15, 1992, p. 797.

2. La eficiencia productiva, inadecuación de la teoría a la práctica

Texas Gulf Sulphur es el epítome de los ejemplos que justifican, según consideraciones de eficiencia productiva, proteger la reticencia durante la negociación del contrato. En teoría, el caso posee una precisión algorítmica, sin embargo, en la práctica, dicha precisión se desvanece.

Para mostrar esta severa discrepancia entre la teoría y la práctica conviene dar noticia acerca de una investigación llevada a cabo por Eisenberg a través de la cual buscó determinar cómo se comportaban las empresas mineras o petroleras en Estados Unidos en supuestos similares al caso de *Texas Gulf Sulphur*³⁸. Las preguntas se formulaban en los siguientes términos:

«(...) we are wondering whether industry practices make in the case that the private land owner knows (because the company tells them so) or should know (by virtue of the fact that the company wanting to purchase the land is an oil company) why the company wants the land. Or do mining companies sometimes use third parties to buy the land so that the private owner is not tipped off to the fact that a mining company is interested in the land? What's the industry practice?»³⁹

La pregunta fue enviada por escrito a distintos profesores expertos en la materia, la respuesta, casi invariablemente, fue que las empresas usualmente actuaban en su propio nombre en forma tal que permitían al vendedor sospechar, al menos, que el comprador confiaba en la existencia de minerales bajo la propiedad.

Esto permite concluir que, aún en un sector económico en el cual se invierten ingentes recursos en la adquisición de información, no resulta imprescindible conceder a quien dispone de la información la facultad de no revelarla en sus negociaciones. El hecho de revelar la información no parece afectar negativamente a la decisión de los agentes económicos de seguir invirtiendo en producir este tipo de información.

*

Será útil recapitular esta primera parte. Existen una serie de argumentos económicos que pueden emplearse para justificar o limitar la presencia de deberes precontractuales de información. He intentado presentar los más conocidos de ellos agrupados bajo con-

³⁸ Eisenberg, «Disclosure in Contract Law», pp. 1688-1689.

³⁹ *Ibíd.*, p. 1688.

sideraciones de eficiencia asignativa y productiva. A continuación he formulado un par de prevenciones sobre el uso de esas consideraciones, advirtiendo, en definitiva, que, si de lo que se trata es de que la información llegue lo más pronto al mercado, es necesario (1) prestar atención a los costos de producir dicha información y sus beneficios sociales; (2) crear incentivos no solamente para la creación, sino además para la utilización de la información, y (3) no proteger el secreto ahí donde no es estrictamente necesario.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA

El objetivo de esta segunda parte es fijar el ámbito de aplicación de las consideraciones de eficiencia. Para estos efectos será útil distinguir, en primer lugar, aquellos DPI que han sido establecidos legalmente –a los que puede denominarse *típicos*–, de aquellos que se establecen judicialmente –a los que puede denominarse *atípicos*–. El ámbito de las consideraciones de eficiencia, en el sentido que me interesan aquí, es el de los deberes atípicos. Es en estos últimos en los que, en mi opinión, las consideraciones de eficiencia pueden desempeñar un papel especialmente interesante.

Para delinear ese ámbito es necesario, en segundo lugar, prestar atención a las figuras jurídicas en que es posible incardinlar los DPI atípicos. En el derecho español esto supone, principalmente, prestar atención a las figuras del error y el dolo.

A) Deberes típicos y atípicos

La pregunta acerca de si durante la negociación de un contrato una parte debe informar a otra de todo aquello que resulte necesario para la correcta formación de su voluntad contractual no admite una respuesta única, basta pensar lo sólo un momento. Es necesario prestar atención a múltiples factores y realizar diversas distinciones. Probablemente, la principal distinción que conviene formular cuando se trata de DPI es si estos se encuentran tipificados o no.

Para comprender esta distinción asumiré que, al menos en el Derecho español, el fundamento de los DPI se encuentra en la buena fe⁴⁰. Si se acepta esto, es necesario, a continuación, advertir que la

⁴⁰ Ver, por ejemplo, QUIÑONERO CERVANTES, E., «El dolo por omisión», *RDP*, 1979, p. 354; MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Editorial Caura, Madrid, 1988, p. 230; GARCÍA RUBIO M.^a P., *La responsabilidad precontractual, La responsabilidad precontractual*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43-58; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precon-*

relación entre un DPI y la buena fe –entendida como un principio general del derecho– no es siempre la misma. Hay ocasiones en las que el legislador ha hecho un esfuerzo por concretar las exigencias de la buena fe, tipificando deberes precontractuales de información. Así, por ejemplo, en la mayoría de los casos es ocioso preguntarse si la buena fe exige al organizador o detallista, en un contrato de viaje combinado, suministrar información al consumidor acera del número de comidas que se van a servir durante el viaje. La letra d) del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios ya ha respondido afirmativamente. Lo que ha hecho el legislador en dicho precepto es tipificar un DPI.

Las cosas son distintas en casos como *Laidlaw v. Organ* o en *Texas Gulf Sulphur*. Hasta donde llegan mis noticias, no existe en el Ordenamiento jurídico español una norma jurídica que tipifique DPI en supuestos como estos. Lo que existe, sin embargo, es la convicción de los autores y de los tribunales de que es posible extraer directamente –esto es, sin intervención legislativa– DPI de las exigencias que plantea la buena fe a las partes durante la negociación del contrato. A este segundo tipo de deberes los denomino atípicos.

Ahora bien, una cosa es afirmar que de la buena fe se pueden extraer DPI, otra, bien distinta, es señalar que la buena fe exige siempre informar. Lo primero es correcto, lo segundo no⁴¹. La pregunta, entonces, es bajo qué condiciones exige la buena fe informar.

tractuales, p. 18, LLOBET I AGUADO, *El deber de información*, p. 14; CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *RCDI*, n.º 628, 1995, p. 750. En el mismo sentido VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 727-729; y VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La reticencia en la formación del contrato», *Aranzadi Civil*, 22, 1999, p. 12.

⁴¹ Así, por ejemplo, no son correctas, desde mi punto de vista, opiniones como las de García Cantero (en CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.^a ed., Reus, Madrid, 1992, p. 650), según la cual:

«Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervintes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuántos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar».

Tampoco lo es la de GALGANO (*El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 461), quien ha señalado respecto de la buena fe en las negociaciones de un contrato que:

«En estos casos la buena fe asume, sobre todo, el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra: cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento (aquellas por las que la otra parte, si las hubiese sabido, no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas). Así, por ejemplo, es contrario a la buena fe no decir mientras se está vendiendo un terreno edificable que se tiene conocimiento de que un proyecto de modificación del plan general de ordenación urbana modificará el destino de esa área...; o bien (en la hipótesis inversa) no decir, mientras se negocia el precio de adquisición de un terreno agrícola, que se tiene conocimiento de la existencia de una modificación del plan general de ordenación urbana, en trámite de aprobación, que hace edificable tal terreno lo cual elevaría sensiblemente el precio.»

B) Incardinación

Para responder a la pregunta que ha quedado planteada es útil recordar que los DPI atípicos carecen de una regulación propia (eso es, precisamente, lo que significa que sean atípicos) por lo tanto, para determinar su disciplina es necesario intentar «incardinarnos» en algunas figuras jurídicas que posean su propia regulación.

En esta tarea, conviene situarse en la posición de los propietarios de las tierras en *Texas Gulf Sulphur* o del vendedor del café en *Laidlaw* y preguntarse: (a) ¿qué alegan? y (b) ¿qué es lo que piden? La respuesta a la primera pregunta (a) es sencilla: lo que alegan es que los engañaron y el engaño consistió en que no se les comunicó cierta información que, de haberla conocido, hubiera repercutido sobre su decisión de contratar o en qué términos hacerlo. La respuesta a la segunda pregunta (b) también es sencilla: piden que se prive de efectos al contrato que celebraron y –copulativa o alternativamente– que se les indemnicen los daños y perjuicios causados.

Ahora bien ¿cómo canalizar sus reclamaciones? O, en otras palabras ¿en qué figuras jurídica puede incardinarse la infracción a un DPI que alegan?

Las respuestas más obvias, en mi opinión, son el error y el dolo. Otra podría ser la responsabilidad contractual⁴² o extracontractual⁴³, sin embargo, la práctica de los tribunales españoles aconseja depositar la atención, preferentemente, sobre el error y el dolo⁴⁴.

Si se trata de un error es un supuesto de lo que la doctrina ha denominado «error conocido»⁴⁵. Si se cumplen los presupuestos del dolo, se trata de dolo por «omisión», «reticencia» o «negativo»⁴⁶.

Tratándose de *Laidlaw v. Organ* la vía del error se encuentra cerrada, la razón es que se trata de información extrínseca y, por lo tanto, no entra en el campo de acción del error vicio del consentimiento⁴⁷. En lo que se refiere a *Texas Gulf Sulphur*, ambas vías se encuentran abiertas.

⁴² Ver, respecto de la responsabilidad contractual, BAZOSABAL ARRUÉ, J., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en ADC 62-2, 2009, pp. 657-658.

⁴³ Ver, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, pp. 189-193.

⁴⁴ Así, por ejemplo, todas las sentencias que cita GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual*, pp. 46-52) para ilustrar la posición del Derecho español respecto al deber de informar, corresponden a casos de error o dolo. Lo mismo sucede con el trabajo de VERDA Y BEAMONTE («La reticencia», pp. 11-50).

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Verda y BEAMONTE, *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 80-97.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 254-288.

⁴⁷ Ver MORALES MORENO (*El error en los contratos*, p. 156), quien explica la diferencia entre errores intrínsecos y extrínsecos en los siguientes términos:

«Podemos decir que el error es intrínseco cuando se refiere a lo que constituye, de modo directo, la materia propia del contrato; su ámbito natural de organización de intere-

1. *El error*

Si se acude a la disciplina del error, en lo que se refiere al deber de informar, el requisito que es necesario tener en cuenta es la excusabilidad⁴⁸. Suele afirmarse que si la otra parte conoce el error que padece el *errans*, dicho error es *per se* excusable, sin importar si el *errans* se comportó diligentemente o no al procurarse la información necesaria⁴⁹. Sin embargo, como han argumentado persuasivamente autores como Morales Moreno o Verda y Beaumonte, las cosas no son tan sencillas⁵⁰. En principio puede aceptarse que la buena fe impone un deber de informar el error ajeno, lo que no puede aceptarse sin más es que la buena fe *siempre* imponga el deber de informar el error ajeno. El punto crítico, entonces consiste en determinar bajo qué condiciones la buena fe impone un DPI.

2. *El dolo por omisión*

Con el dolo por omisión sucede algo similar a lo apuntado respecto del error. Si una de las partes sabe que la otra padece un error y no se lo comunica, la pregunta es si su silencio configura dolo por omisión. Si el destinatario de la declaración –quien conoce la información– simplemente no informa, la respuesta no es sencilla. El simple hecho de no informar no provoca el error de la otra parte, simplemente no lo corrige. Por lo mismo, para sostener que existió dolo por omisión es necesario, previamente, acreditar que existía un deber de actuar, es decir un deber de corregir el error ajeno⁵¹.

ses, al que se conecta la causa típica del mismo. Empleando una expresión que Grocio utiliza, a propósito del dolo, para delimitar el ámbito de aplicación del deber de información, podríamos decir, también que el error es intrínseco, «cuando mira al fondo mismo de la cosa sobre la que se pacta» (...).

El error es extrínseco, en cambio, cuando se refiere a elementos extraños a la organización de intereses propia del contrato, relacionada con la causa típica del mismo.»

⁴⁸ Desde luego es necesario que el error sea esencial, pero examinar este requisito no presta ninguna utilidad para esclarecer la aplicación de consideraciones de eficiencia a los DPI.

⁴⁹ Ver, por ejemplo, VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Error y responsabilidad*, pp. 81-82.

⁵⁰ Ver MORALES MORENO, *El error en los contratos*, p. 231 y VERDA Y BEAMONTE, *Error y responsabilidad*, pp. 82-98.

⁵¹ Existen, como es sabido, importantes diferencias en la forma en que el derecho civil trata la acción y la omisión y buenas razones para mantenerlas. Como ha sugerido BARROS BOURIE (*Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 124) lo que suele caracterizar a las reglas de derecho privado es un cierto principio normativo de libertad que se expresa a través de «límites negativos a nuestra acción, pero que no nos prescriben positivamente deberes de conducta para evitar el mal o procurar el bien de los demás».

C) Casos difíciles

Lo que ponen de manifiesto el error y el dolo por omisión es que en ambas figuras jurídicas es necesario demostrar que la reticencia de quien no informó era ilegítima en la medida que, a través de ella, se infringió un DPI que se deriva, directamente, de las exigencias de la buena fe.

Denominaré a este tipo de supuestos –aquellos configurados por DPI atípicos– «casos difíciles». Sigo en esta nomenclatura a Paz-Ares, por lo que será de utilidad mostrar en qué sentido emplea este autor dicha expresión.

En un trabajo en el que se procura justificar el uso de la eficiencia como argumento jurídico por parte de los jueces, señala Paz-Ares:

«El propósito que nos anima no es otro que el de esbozar algunas directrices que puedan ayudar a los jueces a la hora de producir el derecho que necesitan para resolver los *casos difíciles*, es decir, aquellos casos para los cuales no existe una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento»⁵².

Lo que hace difícil un caso, según este autor, es la ausencia de una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento. Ante un supuesto de caso difícil la sugerencia del autor es recurrir a la eficiencia. El postulado es ilustrado a través de un par de ejemplos que resultará útil citar en toda su extensión:

«Imaginemos que Ud. y yo suscribimos un contrato de compraventa en virtud del cual yo adquiero una finca de su propiedad –una finca llena de matorrales, situada un poco a desmano– y Ud., a cambio, recibe el precio libremente pactado. Supongamos también que durante las negociaciones yo he omitido decirle que previamente he llevado a cabo una investigación geológica que me ha permitido establecer la existencia de una valiosa bolsa de gas en el terreno de su propiedad o que –construyendo otra hipótesis– no le he informado que está proyectada la construcción de una autopista por las inmediaciones de la finca, cosa de la que tuve noticia por un amigo que trabaja en el Ministerio de Obras Públicas. Cuando Ud., llega a tener conocimiento de las circunstancias que le he silenciado, interpone una acción de nulidad del contrato por dolo al amparo del arto (*sic*) 1270 CC, aduciendo que mi conducta reticente le

⁵² PAZ-ARES, *Principios de eficiencia*, p. 2845. En una extensa nota a pie de página, el autor indica las razones que explican la falta de una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento, entre ellas, la existencia de una laguna legal, de ambigüedad en la normativa, de contradicción abierta u oculta entre las normas y aquellos supuestos en que

«(...) aún existiendo una norma precisa y no abiertamente modificable, resulta altamente contestada en el discurso práctico (por su escasa “razonabilidad”) y de *facto* frecuentemente alterada en la vida jurídica...» (*Ibid.*, p. 2845, nota 3).

indujo a error. ¿Cómo debe decidir nuestro juez prospectivo este nuevo caso difícil en el que se advierte una imperfección contractual creada por una información asimétrica? En principio, desde el punto de vista de la eficiencia puramente asignativa (o eficiencia estática), parece claro que el derecho a la anulación del contrato debe atribuirse a Ud., y ello porque á (*sic*) mí me resultaba menos costoso revelar la información que a Ud., obtenerla. De hecho, las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes descubrir los datos relevantes. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia productiva (o eficiencia dinámica), esta conclusión no está siempre al abrigo de dudas o reservas. La teoría económica nos indica que es necesario distinguir el aspecto tecnológico (o productivo) de la información y su aspecto distributivo. Nuestro juez prospectivo tendrá también que diferenciar estas dos dimensiones. Habrá de diferenciar, en definitiva, las informaciones productivas de las informaciones meramente distributivas. Las primeras son un tipo de información que puede ser empleada para incrementar el producto social; las segundas son informaciones que crean una ventaja en la negociación, pero que no contribuyen a la creación de riqueza; solamente pueden ser utilizadas para distribuir riqueza existente a favor de la parte que la posee. En efecto, el hecho de que yo supiera que estaba en proyecto la construcción de una autopista que acabaría con el aislamiento de su finca es una circunstancia puramente redistributiva, que cumple un papel única y exclusivamente en el proceso de negociación. En estos casos, el principio de eficiencia conduce a atribuirle a Ud. el derecho a obtener información sobre la autopista de que yo disponía. Nuestro juez, en consecuencia, deberá asimilar mi conducta reticente al dolo positivo y anular el contrato al amparo del art. 1270 CC. En otro caso, si el ordenamiento permitiese que los descubridores de informaciones redistributivas puedan emplearlas para transferir riqueza a su favor, las contrapartes que quisieran evitar la explotación se sentirían incentivadas a adoptar precauciones excesivas y a invertir en la búsqueda de información, lo que se revela manifiestamente ineficiente. Es un dispendio que una parte de producir información que la otra ya posee. La conclusión es muy distinta en el caso de las informaciones productivas. Es cierto que desde el punto de vista estrictamente asignativo (...) no siempre está justificada la atribución sobre bienes informacionales, porque se trata de bienes públicos, cuyo consumo no engendra rivalidad. Desde esta perspectiva (...) tampoco estaría justificado que yo haya silenciado la probable existencia de una valiosa bolsa de gas en el subsuelo de su finca. Pero aquí es justamente el terreno donde las razones de la eficiencia productiva se imponen sobre las razones de eficiencia distributiva. La regla que se desprende es exactamente la contraria a la anteriormente establecida (...) el derecho no puede establecer un deber de comunicar informaciones productivas, porque de lo contrario se desincentivarían inversiones en la producción de esas informaciones socialmente valiosas⁵³.»

⁵³ *Ibid.*, pp. 2889-2891.

Este largo pasaje sugiere varios comentarios. En primer lugar, los ejemplos propuestos por Paz-Ares corresponden a casos difíciles (es decir, no existen respuestas preprogramadas para ellos en el ordenamiento jurídico español). En segundo lugar, se trata de supuestos en los que la pregunta que se plantea es si aquella parte que conoce una determinada información debe o no suministrársela a su contraparte que la ignora. Combinando estos dos primeros comentarios: se trata de supuestos en los que la pregunta que surge en definitiva es si existe o no un DPI atípico. En tercer lugar, para formular jurídicamente la pregunta acerca de si se debe informar o no en estos supuestos, es necesario incardinárla en una figura que posea su propia disciplina: el dolo. En cuarto lugar, la respuesta a la pregunta acerca de si se debe o no suministrar la información depende de si se acude a la buena fe (señala el autor: «las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes descubrir los datos relevantes») o a consideraciones de eficiencia y, en este último caso, todavía será necesario distinguir si se trata de consideraciones de eficiencia asignativa o productiva.

*

Tiempo de recapitular. Para precisar el ámbito de aplicación de las consideraciones de eficiencia en lo que se refiere a los DPI, es útil distinguir entre DPI típicos y atípicos. A continuación, es necesario precisar cómo se produce la incardinación. Una vez que se cumple con aquellas dos tareas aparecen los casos difíciles. Mi opinión es que las consideraciones de eficiencia no se aplican directamente a estos, sino a los casos realmente difíciles. En los casos difíciles aún restan dos criterios diversos de la eficiencia productiva: la protección de la confianza y el principio de la autorresponsabilidad. Un caso se torna realmente difícil cuando no es posible acudir a estas consideraciones. En este escenario se acude a las consideraciones de eficiencia.

III. CASOS REALMENTE DIFÍCILES

En las páginas que restan, me interesa distanciarme del agudo análisis de Paz-Ares en dos sentidos. El primero de ellos es que, si se leen con atención las palabras del autor se advierte que, en su opinión, aparentemente, las exigencias de la buena fe precontractual imponen a las partes el deber de comunicar los datos relevantes durante la negociación del contrato. El segundo sentido en el

que discrepo es que no me parece que las consideraciones de eficiencia puedan utilizarse inmediatamente cuando no existe una respuesta preprogramada del ordenamiento jurídico. El turno de las consideraciones de eficiencia –al menos las de eficiencia productiva– debe esperar a que se resuelvan, previamente, las consideraciones de confianza y de autorresponsabilidad. A continuación desarrollo, en ese orden, mis discrepancias.

A) Buena fe y consideraciones de eficiencia

La afirmación según la cual, durante la negociación del contrato, «las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes a descubrir los datos relevantes» puede inducir a un error grave y peligroso, consistente en la creencia de que las exigencias de la buena fe *siempre* obligan a las partes a suministrar los datos relevantes durante la negociación del contrato.

Con toda seguridad no es eso lo que el profesor Paz-Ares quiere afirmar en el párrafo citado, si hago una interpretación tendenciosa de sus palabras es porque me interesa despejar un error en que se puede incurrir a partir de ellas y es que las consideraciones de eficiencia no tienen encaje en el marco de la buena fe como una forma de limitar el deber de suministrar información.

Para mostrar que lo tienen, me interesa acudir a los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL). Específicamente de su tratamiento del error y del dolo por omisión. Respecto del error conocido, que es el que interesa aquí, el artículo 4:103 de los PECL dispone que la parte que conoce el error que padece la otra debe comunicárselo si es que la buena fe lo exige⁵⁴. Al considerar cuándo la buena fe exige informar, es interesante advertir que el Comentario E del artículo señala casos en los cuales la no revelación de información no infringe el deber de buena fe y lealtad, así sucede,

⁵⁴ Bajo el rótulo «Fundamental Mistake as to Facts or Law» El texto es el siguiente:

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

(a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or
 (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or
 (iii) the other party made the same mistake,

and

(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

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

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

por ejemplo, cuando se ha invertido en la búsqueda de información o se ha hecho un esfuerzo considerable para obtenerla⁵⁵.

Del tratamiento que hacen los PECL del error conocido se derivan dos consecuencias que es necesario recalcar. La primera es que la buena fe no siempre exige informar. La segunda es que una razón para no informar es que se haya invertido en la búsqueda de información.

Respecto del dolo por omisión, el artículo 4:107 de los PECL no considera que cualquier ocultamiento de información sea doloso, sino solo aquel que infringe las exigencias de la buena fe⁵⁶. A continuación, el precepto citado señala que para determinar si se infringe la buena fe deberán considerarse *todas las circunstancias*, y especialmente, los conocimientos técnicos de quien ocultó la información, el coste de obtener la información, si la otra parte podía obtener por sí misma la información razonablemente y la importancia que aparentemente tenía esa información para la otra parte.

Una vez más se pone de manifiesto que la buena fe no siempre exige informar. Lo que me interesa resaltar de este artículo 4:107 PECL es que dispone que, para determinar si debe o no informarse es necesario considerar *todas* las circunstancias. Los ejemplos utilizados por el precepto muestran que las consideraciones de eficiencia pueden ser una de las circunstancias que deben tomarse en cuenta.

La conclusión que se extrae de los PECL es clara: (1) la buena fe no siempre impone el deber de informar, (2) para determinar si la buena fe exige el suministro de información puede acudirse, entre otras, a consideraciones de eficiencia.

Ahora bien, en mi opinión, esta conclusión no solo resulta evidente en los PECL; sino que también la comparte, en el Derecho español, un importante sector de la doctrina española que considera que la buena fe constituye el fundamento –o, al menos, uno de los fundamentos– de los DPI. Así, por ejemplo, respecto del error, Morales Moreno, ha indicado que uno de los límites que tiene el deber de colaborar a deshacer el error ajeno es el hecho de que la

⁵⁵ LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 232.

⁵⁶ Bajo el rótulo «Fraud» su tenor es el siguiente:

- (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.
- (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.
- (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:
 - (a) whether the party had special expertise;
 - (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
 - (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
 - (d) the apparent importance of the information to the other party.

adquisición de la información haya supuesto un coste⁵⁷. Por su parte, Gómez Calle señala lo siguiente acerca de cómo se establecen limitaciones al alcance del deber de informar:

«Cuando la obtención de una información es igualmente costosa para ambas partes y sólo una de ellas realiza la inversión precisa a tal fin, debe permitírsela aprovecharse de sus beneficios si implica un aumento del valor de la cosa a que se refiere, por lo que esta parte debe quedar liberada del deber de dar a conocer la información a otro contratante»⁵⁸.

En un sentido similar, Verda y Beamonte indica que:

«Podemos afirmar, en términos presuntivos, que no existe obligación de advertir el error esencial ajeno, cuando el destinatario lo conoce como consecuencia de un proceso de búsqueda de información costoso, que pone de manifiesto la existencia de cualidades positivas que incrementan el valor de un bien, siempre que, además, los costes de dicha información sean simétricos o, siendo asimétricos, no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión. De no concurrir tales circunstancias existirá deber precontractual de comunicación del error, de modo que la reticencia del destinatario será ilícita, por ser contraria a la buena fe»⁵⁹.

Finalmente, Bazosabal Arrué, señala que, respecto de aquella información que únicamente puede aprovecharse si se reserva, la regla general debiese ser que no se impusiere el deber de informarla, aún cuando recaiga sobre presuposiciones contractuales⁶⁰.

Pues bien, a estas alturas la cuestión debería ser clara, la buena fe no impone siempre un deber de informar y, para determinar cuándo lo impone es posible acudir a consideraciones de eficiencia. Sin embargo, antes de acudir a dichas consideraciones es necesario hacerse cargo de la pregunta acerca de cómo reciben encaje en la buena fe las consideraciones de eficiencia.

B) La primacía de las consideraciones de confianza y auto-rresponsabilidad

No es suficiente la ausencia de una respuesta preprogramada por el ordenamiento jurídico para acudir, inmediatamente, a consi-

⁵⁷ En palabras de ese autor (*El error en los contratos*, p. 231): «... existe una justificación para excluir el deber de información en todos aquellos extremos cuyo conocimiento ha supuesto un coste».

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 137.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 21.

⁶⁰ BAZOSABAL ARRÚÉ, *En torno a las obligaciones*, p. 698. El autor justifica esta afirmación en el hecho de que si la información es costosa su producción debe ser incentivada y, en caso de que no lo sea, señala el autor que dicha información podría haber sido conocida por la parte que la ignoraba. Sin embargo –siguiendo siempre con Bazosabal–, esta regla general tiene tres excepciones: el dolo, la información privilegiada y la posición monopolista respecto de la información.

deraciones de eficiencia. Antes es necesario determinar: (1) si existen consideraciones de confianza que justifiquen las expectativas razonables de una parte respecto del hecho de que la otra le suministrará cierta información y (2) si la aplicación del principio de autorresponsabilidad determina que cada una de las partes debió procurarse su propia información.

1. *La protección de la confianza*

Una mirada a algunas decisiones del Tribunal Supremo sobre error y dolo, en lo que se refiere al deber de informar, muestra que la confianza se protege en un doble sentido a través del requisito de la excusabilidad. De una parte –específicamente en el error–, se protege la confianza del destinatario de la declaración. De otra, se protege la confianza del *errans* o del *deceptus* según corresponda.

Con respecto a la protección de la confianza del destinatario de la declaración, es relativamente común en las sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre excusabilidad del error la afirmación según la cual:

«(...) la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración»⁶¹.

En lo que se refiere a la protección de la confianza del *errans* o del *deceptus* –que es la que interesa aquí–, existen una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las cuales la calificación de la excusabilidad del error –espontáneo o inducido– depende de la conducta de la otra parte. Una de ellas servirá para ilustrar este aspecto. Se trata de la STS de 26 de octubre de 1981 que resuelve un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia que declaró la nulidad de un contrato de compraventa de acciones representativas del capital social de una sociedad anónima. Las demandantes compradoras solicitaron que se declarara nulo el contrato por haber sido celebrado inducidas por dolo, consistente en haberseles ocultado que un terreno que figuraba como propiedad

⁶¹ Ver, por ejemplo, las SSTS de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 408. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 5), de 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 7145. Pte. Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo, FD 5), de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6900. Pte. Excmo. Sr. D. P. González Poveda, FD 2) y de 22 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3280. Pte. Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller, FD 2).

de la sociedad en los títulos correspondientes, no lo era. En su recurso de casación, la vendedora señaló:

«(...) que el dolo que se reprocha por la Sala de instancia a su conducta contractual en el momento del pacto, es decir, el de no haber informado correctamente a las otras partes, está invalidado o enervado por el conocimiento que las compradoras tenían de la situación jurídica del terreno en cuestión, conocimiento presumible en virtud de la constancia en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva ordenada por la Administración al amparo del artículo 11, ap. 2.º de la Ley de Montes, relativa a un deslinde que afectaba a la situación del terreno discutido como presuntamente incluido en monte público, lo que viene a indicar –siempre según la recurrente– que las compradoras no podían alegar ignorancia, error inducido o al menos la buena fe exigible como componente de una situación psicológica de víctima inocente en la contratación, que les legitimara para entablar la acción de nulidad, dado que, ante la maniobra de dolo reticente que pudiera ser la del caso, debiera haber reaccionado con la exigible diligencia, como pudo hacer sin más que acudir al Registro.»

Como puede advertirse, lo que se alega es que el error de las compradoras es inexcusable en la medida en que podía ser superado fácilmente acudiendo al Registro. El argumento no convenció al TS, así, en el considerando tercero de la sentencia se lee:

«(...) la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de “candidez”); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad (“simplicitas”) como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que *vigilantibus non durmientibus iure succurrunt*) como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública.»

Esta idea según la cual la confianza o ingenuidad de la parte afectada no perjudica a la existencia de dolo invalidante vuelve a ser tomada en cuenta en el fundamento de derecho segundo de la STS de 15 de julio de 1987, en el fundamento de derecho tercero de la STS de 15 de junio de 1995, en el fundamento de derecho cuarto de la STS de 23 de julio de 1998, y en el fundamento de derecho segundo de la STS de 27 de noviembre de 1998. Por su parte, la STS de 11 de diciembre de 2006 resuelve sendos recursos de casación en un caso de contrato de compraventa, simulado bajo

mutuo. En lo que interesa aquí, que es el recurso de casación del comprador, éste alega que fue inducido a contratar por los engaños del vendedor quien, si bien le comunicó la existencia de un litigio que mantenía sobre la cosa objeto del contrato (un sótano) con la inmobiliaria que se lo vendió, le informó de que en este litigio sólo se discutía la elevación a escritura pública del documento privado en el que constaba el contrato. La verdad es que lo que se discutía en el pleito era la pretensión de nulidad por parte de la inmobiliaria, justificada en que quien actuó en su nombre en el contrato de venta carecía de poder para vender el inmueble. Además al comprador se le ocultó que el vendedor había obtenido una sentencia desfavorable en primera instancia. El TS concluye que la ignorancia del comprador determinó un error esencial y que respecto de él:

«(...) concurre el requisito de la excusabilidad. Es cierto que el comprador Sr. Gaspar se hallaba en disposición de poder eliminar el error y existía la facilidad de acceso a la información, pero, además de que el error fue provocado por una reticencia dolosa de la parte vendedora que no puso en su conocimiento la realidad del debate litigioso con Inmobiliaria Lerma, S.A. haciendo creer al comprador que solamente se discutía la elevación a escritura pública de un documento privado, concurren una serie de circunstancias que justifican la confianza suscitada en el comprador para no preocuparse por el alcance de lo que se debatía en el juicio (...).»

Pues bien, lo que puede inducirse a partir de las sentencias citadas es que en el momento de evaluar la excusabilidad del error, es necesario considerar tanto la conducta del *errans* o del *deceptus* como la de la otra parte. Las personas deben ser diligentes en sus negocios y, por lo mismo, procurarse la información necesaria, sin embargo, existen circunstancias en las cuales una parte puede confiar razonablemente en que la otra le suministrará la información necesaria. En dichas circunstancias la confianza razonable justifica la imposición de un deber precontractual de informar.

Estas consideraciones acerca de la protección de la confianza que pueden inducirse seminalmente a partir de las sentencias del Tribunal Supremo, encuentran un amplio asidero en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, en el ámbito alemán se ha señalado que uno de los factores que, generalmente, se utiliza para derivar de la buena fe DPI es la existencia de una relación de confianza⁶². Algo similar sucede en el derecho francés, en el cual, la doctrina más autorizada señala como excepción a la carga de procurarse la propia información la existencia en la otra parte de una confianza

⁶² Ver MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.^a ed., Hart Publishing, Portland, 2006, pp. 308-310.

justificada⁶³. Finalmente, pese a su renuencia ante a la imposición de deberes precontractuales de informar⁶⁴, la existencia de una relación de confianza entre las partes constituye una conspicua excepción en los países del *common law* en los cuales se ha desarrollado con mayor intensidad la vinculación entre las relaciones de confianza y los deberes precontractuales de informar⁶⁵.

*

Los párrafos anteriores muestran que, frente a casos difíciles no es posible acudir inmediatamente a consideraciones de eficiencia para zanjar el asunto. Primero es necesario determinar si una de las partes puede confiar legítimamente en que la otra le proporcionará información. La pregunta que surge entonces es cómo determinar si la confianza de una parte se encuentra protegida o no.

No existe una respuesta única a esta pregunta, sino, más bien, criterios que contribuyen a disciplinar el carácter inevitablemente vago de la respuesta. Así, por ejemplo, en el derecho francés, Ghestin ha sugerido que la legitimidad de la confianza puede explicarse por tres factores: la naturaleza del contrato, las cualidades de las partes, y las informaciones entregadas por la otra parte⁶⁶. Tratándose del derecho inglés, Treitel considera que existen ciertas relaciones en las que se presume una confianza legítima. Algunos supuestos son las relaciones entre padres e hijos, tutores y pupilos,

⁶³ GHESTIN, *Traité*, p. 634

⁶⁴ Ver, por ejemplo, WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R. [«Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Id. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000 pp. 18-47]; PROBST, T. [«Deception», en von Mehren, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. VII, Contracts in General, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tübinga, 2008, p. 98]. ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., (*An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 424-426) comparando la situación de la omisión de entrega de información en el derecho alemán, en el francés y en el *common law*, advierten el carácter más estricto de este último frente a los dos primeros; BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H. y TALLON, D. (*Contract Law*, Hart, Oxford, 2001, p. 410), comparando los ordenamientos jurídicos de Francia y Alemania con los del *common law*; MARKESINIS, et al. (*The German Law*, pp. 306-311) comparando el derecho inglés y el alemán, señalan la general negativa del primero y la solución a través de las exigencias de la buena fe en el segundo; SEFTON GREEN («General Introduction», en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 24) afirma que los países del civil law adoptan una posición más liberal a este respecto que los del *common law*; en el mismo sentido, VAN ERP, S., *The Code*, 2.^a ed., Kluwer Law International, Nijmegen, 1998, p. 213; y VAN ROSSUM, («The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criterions, Differences and Similarities between the Legal Systems», *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 7, 2000», pp. 300-325), compara el derecho inglés, el francés y el holandés.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 2005., p. 249 y TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.^a ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 408.

⁶⁶ GHESTIN, *Traité*, pp. 634 ss.

consejeros espirituales y discípulos, médicos y pacientes, y abogados y clientes⁶⁷. Finalmente, en el derecho estadounidense, la relación de confianza o fiduciaria tiene lugar toda vez que una de las partes cree, razonablemente, que la otra está preocupada de tutelar sus intereses (los de la primera)⁶⁸. Así, los tribunales han reconocido la existencia de relaciones fiduciarias en las relaciones entre empleador y empleado, relaciones que surgen entre hermanos, cónyuges, novios, padre e hijo, abogado y cliente, empleado de sociedades (*officers of the corporation*) y sus accionistas, compradores conjuntos, copropietarios vendiendo la propiedad, socios, siquiatra y paciente, rabino y su congregación, y mandatario y mandante⁶⁹.

Junto con estas «relaciones de confianza», hay supuestos en los cuales sin existir una relación entre las partes que haga presumir la existencia de un nivel especial de confianza, es posible desprender dicha confianza de la facticidad de la relación pues, como muestran las SSTS citadas anteriormente una de las partes, de alguna manera, induce a la otra a fiarse de una cierta conducta o apariencia⁷⁰.

Finalmente, en mi opinión, con independencia de cuál sea la relación entre las partes, las funciones económico-sociales que se busca satisfacer a través de la contratación parecen exigir que se proteja un determinado «umbral mínimo de confianza». Así, por ejemplo, parece correcto afirmar que cada contratante puede confiar razonablemente, al menos, en que se le suministrará información respecto a la existencia de causas de invalidez que puedan afectar al contrato⁷¹ e información acerca de circunstancias ya existentes en el momento de la celebración del contrato que modifiquen negativamente las presuposiciones de éste en términos de configurar un incumplimiento⁷².

⁶⁷ TREITEL, *The Law of Contract*, p. 408.

⁶⁸ Ver CALAMARI, J. y PERILLO, J., *Contracts*, 3.^a ed., Westpublishing Co. Minnesota, 1987, p. 370.

⁶⁹ Ver PALMERI, «Good Faith Disclosure» p. 127.

⁷⁰ Ver pp. 1705-1707 Sobre este tipo de supuestos puede consultarse TREITEL, *The Law of Contracts*, p. 413. Algunos ejemplos en SMITH, *Atiyah's Introduction*, p. 286.

⁷¹ La doctrina española parece encontrarse de acuerdo en que las exigencias de la buena fe imponen a las partes informarse recíprocamente sobre la existencia de causas de nulidad del contrato. Así, por ejemplo, se ha señalado que en el deber precontractual de informar se comprenden fundamentalmente las causas de nulidad. Ver ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad*, pp. 907-908. Ver también ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, p. 262; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, p. 187, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, pp. 101-116. Por su parte, VERDA Y BEAMONTE («La reticencia», p. 12) señala, en términos más amplios, que:

«... el principio de la buena fe, durante los tratos preliminares y al tiempo de la conclusión del contrato, impone a las partes contratantes el deber de informarse recíprocamente de la existencia de las causas de invalidez negocial, conocidas o reconocibles mediante el uso de una regular diligencia.»

⁷² Para comprender esto último es importante señalar que la mayoría de las sentencias citadas en este trabajo en las que se declara la nulidad del contrato por error o dolo muestran

2. *El principio de autorresponsabilidad*

En general, se acepta tanto por los autores⁷³ como por los tribunales⁷⁴ que las partes deben comportarse responsablemente durante la negociación de un contrato. La idea es que como corolario de la libertad que el ordenamiento jurídico concede a las personas de vincularse a través del ejercicio de la autonomía privada, también las hace responsables de los efectos de sus actos⁷⁵. Conviene, sin embargo, formular una precisión, pues se puede ser responsable en, al menos, dos sentidos distintos⁷⁶. De una parte, frente a terceros, en cuyo caso, la responsabilidad se traduce en una obligación de indemnizar los perjuicios causados. De otra parte, se puede ser responsable en el sentido de que las declaraciones de voluntad que emite una persona le son imputables. A este segundo sentido puede denominársele «autorresponsabilidad»⁷⁷ y, en sede de negociacio-

que aquello de lo que no se informó afectaba negativamente al contenido del contrato, en términos tales que determinaba su incumplimiento. Así sucede, por ejemplo, en aquellos casos en los que no se informó de que el local no podía destinarse a supermercado, o que el trastero no era legalmente habitable, o que el bar no tenía licencia de apertura o, finalmente, la imposibilidad de edificar en un terreno. En todos estos casos, la circunstancia que se omitió informar repercutió negativamente sobre las presuposiciones del contrato –es decir, los motivos que se encuentran incorporados en su contenido–. Una presuposición del contrato de compraventa de local comercial era que éste podía destinarse a supermercado, aquello que no se informó es que ese destino no era legalmente posible; otra presuposición es que el trastero era legalmente habitable, lo omitido es que no lo era ni podía serlo; por último, otra presuposición es que el bar tenía todas sus licencias al día, la verdad es que no las tenía.

A partir de estos ejemplos, es posible deslindar una regla según la cual debe suministrarse toda aquella información de la que se dispone que recaiga sobre circunstancias que modifiquen negativamente las presuposiciones del contrato en términos de configurar su incumplimiento. Lo contrario –esto es, mantenerse en silencio respecto de dichas circunstancias que se conocen– parece un ejemplo palmario de mala fe. En definitiva, en todos estos casos el objeto entregado no es el previsto en el contrato, no es útil para satisfacer el interés contractual del acreedor.

⁷³ Ver, por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, p. 53; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2.^a ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 326; CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 116, refiriéndose al «principio de responsabilidad negocial», que exige: «evalorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse»; y ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*. 17.^a ed., Edisofer, Madrid, 2006, p. 622.

⁷⁴ Especialmente respecto del error. Así, por ejemplo, las SSTS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096) y de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 408) refiriéndose al «principio de autorresponsabilidad».

⁷⁵ Sobre esta idea puede consultarse BETTI (*Teoría general*, p. 125) quien ha sugerido que «[t]oda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad que viene después». Una idea, por lo demás, antigua: «*Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis*».

⁷⁶ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 53. Ver, también, PIETROBON, V. (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 268-269), relacionando, en sede de error, la autorresponsabilidad.

⁷⁷ El principio de autorresponsabilidad ha sido reconocido por el STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 114, 2006, pte. Excmo. Sr. D. C. Auger Liñán, FD 3) como esencial en los siguientes términos:

nes de un contrato, significa que, bajo ciertas condiciones, la persona que celebra un contrato debe «sufrir los efectos del negocio que realiza»⁷⁸, aun cuando no los deseé.

La relación entre el principio de autorresponsabilidad y los DPI es evidente, como ha sugerido Díez-Picazo, una de las premisas claras desde donde debe arrancar la investigación de los deberes de información es «que corresponde a cada parte el deber de buscar la información»⁷⁹. Se trata de una opinión compartida, generalmente, por la doctrina española⁸⁰ y comparada⁸¹. Por su parte, el Tribunal Supremo ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la buena fe no sólo impone el deber de informar, sino, además, el de informarse⁸². Lo que parece querer decir con dicha afirmación es que «cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella»⁸³. En caso contrario, se le imputan los

«El artículo 1281 del Código Civil recoge y proclama las grandes normas de la hermenéutica (*sic*) contractual que se pueden resumir en tres principios esenciales como son: el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; el principio de la autoresponsabilidad (*sic*) de dichas partes contratantes; y el principio de la confianza, buena fe en ellas.»

Ver también el fundamento de derecho tercero de la STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096, pte. Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada y Gómez) y el fundamento de derecho cuarto de la STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 352, pte. Excmo. Sr D. P. González Poveda).

⁷⁸ CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, p. 53.

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales*, p. 89) advirtiendo que «[l]a ignorancia de uno de los contratantes puede quedar justificada por la imposibilidad o gran dificultad de obtener por sí solo la información precisa» (italicas en el original). *Contrario sensu*, si no hay imposibilidad o gran dificultad de conseguir la información, la ignorancia será ilegítima. Por su parte, LLOBET I AGUADO (*El deber de información*, p. 111), señala que: «la obligación de información aparecerá cuando desaparezca la carga de informarse».

⁸¹ Así, por ejemplo, incluso un autor especialmente atento a las relaciones entre derecho y moral como RIPERT, G. (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, París, 1949, p. 89) ha señalado que en el contrato «Chacun est le gardien de ses propes intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même». En el mismo sentido, JOURDAIN, P., «*Le devoir de "se" renseigner*», Dalloz, 1983, *Chron.* p. 139.

La misma idea puede encontrarse en la doctrina alemana en las opiniones de VON THUR (*Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, *Los hechos jurídicos*, trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 544) y MARKESSINIS, et al. (*The German Law*, pp. 130 y 307) cuando advierten que en el comercio cada cual debe cuidar de sus propios intereses.

Sobre esto también pueden consultarse algunas de las iniciativas de soft law consideradas. Así, por ejemplo, el artículo 4:107 (*Fraud*) de los PECL establece que uno de los factores que debe tomarse en consideración para determinar si la buena fe exige suministrar información es: «whether the other party could reasonably acquire the information for itself». Por su parte, el artículo 2:102 (*Devoir d'information*) del *Projet de Cadre* comienza señalando: «Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion».

⁸² Así, en las SSTS de 4 de enero de 1982 (RJ 1992, 179. Pte. Excmo. Sr. D. J. de Castro CDO 5) y 13 y 22 de mayo de 2006 (ver supra nota 88) se lee: «pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar».

⁸³ Ver STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada y Gómez, FD 8.

efectos de su declaración, aún cuando ésta haya quedado determinada por un error.

La idea, entonces, es ésta: uno de los principios sobre los que se estructura el derecho de contratos es que cada una de las partes debe comportarse diligentemente y, en lo que interesa aquí, procurarse su propia información. En caso contrario, debe soportar los costes de su equivocación.

La plausibilidad de esta solución reposa, sin embargo, sobre el hecho de que la información haya sido accesible para quien la ignoraba. Así, según ya ha quedado dicho, el Tribunal Supremo ha señalado que cada parte debe procurarse su propia información, pero, en numerosas ocasiones, añade a ello: «en los casos en que tal información le es fácilmente accesible»⁸⁴. De esta manera, la pregunta hacia la cual reconduce la autorresponsabilidad es bajo qué condiciones se entiende que la información era accesible para aquella parte que la ignoraba.

*

Si no existe un grado de confianza suficiente que justifique la imposición de un deber precontractual de informar, la regla es el *caveat emptor*. Esto, siempre y cuando la información sea accesible. Como sucede con las consideraciones de confianza, cuándo resulte accesible la información no es algo que se pueda contestar totalmente al margen de las peculiaridades del contexto en el que se formula la pregunta, sin embargo, una vez más, es posible avanzar algunas directrices.

En primer lugar, existen ciertos supuestos en los que las personas deciden asumir el riesgo de su error⁸⁵. En ese contexto, eviden-

⁸⁴ Ver, por ejemplo, STS de 18 de febrero de 1994 (ver supra nota 15 FD 8), señalando que «cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible», en el mismo sentido, STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001,8413) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Gómez Lorenzo y de 12 de julio de 2002 (RJ 2002,7145) Ponente: Excmo Sr. D. A. Romero Lorenzo, ambas utilizando el mismo pasaje citado.

Este pasaje ha sido también generosamente reproducido por las Audiencias Provinciales. Ver, por ejemplo: SAP de Castellón de 23 de junio de 2006 (AC 2006,1610), SAP de Cantabria de 25 de octubre de 2005 (JUR 2006,1816), SAP de Bizkaia de 29 de abril de 2005 (AC 2005,1525), SAP de Sevilla de 22 de abril de 2005, (JUR 2005,138060), SAP de Tarragona de 5 de abril de 2005 (JUR 2005,172706), SAP de Zaragoza de 2 de diciembre de 2004 (AC 2005,347), SAP de Madrid de 28 de julio de 2004 (JUR 2004,233081), SAP de Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003,276152), SAP de Málaga de 3 de abril de 2003 (JUR 2003,238722), SAP de Burgos de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003,44358), SAP de Toledo de 4 de junio de 2002 (JUR 2002,228812), SAP de Zaragoza de 20 de junio de 2000 (JUR 2000,272927), SAP de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999,2096), y SAP de Ciudad Real de 3 de mayo de 1999 (AC 1999,5400).

⁸⁵ Así sucede, por ejemplo, tratándose de la «ignorancia consciente» (*conscious ignorance*). Se trata de un supuesto que ha recibido especial atención en el derecho estadounidense. Una mirada al *Restatement (Second) of Contracts* y al *Restatement (Third) of*

temente, el hecho de que la información no haya sido accesible en términos razonables pierde relevancia. En segundo lugar, los tribunales españoles se han servido de múltiples factores para determinar la diligencia de quien padece un error que pueden resultar útiles aquí. Así, por ejemplo, la condición de experto o profesional de quien padece el error⁸⁶, el asesoramiento de expertos⁸⁷, la senci-

Restitution muestra que si una parte concluye una negociación consciente de su ignorancia, generalmente deberá soportar el riesgo de cometer un error. Refiriéndose a estas reglas FARNSWORTH (*Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions*, Oxford University Press, 2004, p. 37) ha señalado que:

«There is a difference between just not knowing something and being aware that one not knows something. If one is aware of one's ignorance as to the pertinent facts, the doctrine of conscious ignorance steps in and denies reversal if one decides to act on the basis of such limited knowledge.»

Un caso contribuirá a explicar el uso de esta doctrina. En *Nelson v. Rice* (12 P.3d 238 Ariz. Ct. App. 2000), un tribunal de apelaciones conoció de la venta en pública subasta de los bienes de una mujer muerta, realizada por sus albaceas. Dichos albaceas contrataron a un tasador para que evaluara los bienes que conformaban el patrimonio de la mujer, entre dichos bienes había dos cuadros respecto de los cuales el tasador les advirtió que no era experto en arte y que no podía valorarlos adecuadamente. No obstante esto, sin contratar un nuevo tasador, los bienes fueron subastados según la tasación inicial. Los dos cuadros eran de autoría de Martin Jonson Heade, un famoso pintor del siglo XIX y fueron adquiridos por un precio de 60 dólares por una persona que detectó la similitud de la firma de ellos con la firma del famoso pintor y luego los revendió por 1.072.000 dólares. La Corte de Apelaciones de Arizona no dio lugar al error invocado por los vendedores toda vez que consideró que ellos habían asumido el riesgo de su ignorancia al no contratar a otro tasador experto en arte.

En casos como el descrito, el problema no es exactamente si la parte que ignoraba la información podría haber accedido o no a ella en términos razonables, sino más bien que, con plena conciencia de su ignorancia, decide celebrar un contrato. No existiendo un nivel especial de confianza entre las partes, ni estando la información comprendida dentro del umbral mínimo de confianza, parece ser que el riesgo de la ignorancia debe asignársele a quien opta por ella.

⁸⁶ La STS de 9 de abril de 1980 (RJ 1980, 1411) Ponente: Excmo Sr. D. J. Santos Briz estima que «no es excusable un error de superficie como el alegado, que demuestra en ellos una diligencia impropia de un ordenado constructor». La STS de 9 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3595. Pte. Excmo. Sr. M. González Alegre y Bernardo), dispone que la excepcionalidad del error impide su invocación «cuando éste pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia, más exigible en supuestos como el presente en el que se trata de personas peritas, conocedoras del negocio». La STS de 12 de julio de 2002, ya citada, conoce del caso de una compraventa judicial donde los compradores alegan haber cometido un error sobre la cosa que los llevó a valorarla en un precio más de cinco veces superior a su valor real (aparentemente el error se refirió a una edificación que los compradores creyeron que se encontraba en la propiedad y que, en realidad no existía). El TS comparte la opinión del tribunal de instancia según la cual:

«(...) teniendo en cuenta la habitual participación de la recurrente en operaciones como la que pretende invalidarse, concurrían en ella determinados conocimientos que le imponían una comprobación exhaustiva.»

Finalmente, la STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1680) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo declara inexcusable el error cometido por una editorial sobre el contenido normativo de un contrato de impresión, argumentando que la editorial se dedicaba habitualmente a la publicación y distribución de obras.

⁸⁷ La STS de 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9546. Pte. Excmo. Sr. D. J. Santos Briz FD 2), dedica una parte significativa de su fundamento de derecho segundo a determinar si el error sobre el contenido de un contrato de compraventa que alegaron unos extranjeros que no hablaban español era o no excusable. Sobre esto se señala:

llez en el acceso a la información⁸⁸, o algunas circunstancias personales de las partes⁸⁹. En tercer lugar, parece aconsejable comparar las respectivas posiciones de las partes para determinar si el acceso a la información era simétrico o asimétrico⁹⁰. Finalmente, parece conveniente prestar atención al hecho de que aún cuando una parte no pueda acceder directamente a la información, pueda hacerlo a través de la negociación⁹¹.

«No se puede alegar error si se hubiese podido evitar con una normal diligencia, por lo que el que haya omitido tal diligencia no puede invocar haber incurrido en error para anular la declaración, máxime cuando en el contrato, como se demostró, intervino un letrado que asesoró a los contratantes en lo relativo a los requisitos jurídicos.»

La STS indica que ésta es una doctrina deducida de las SSTS de 14 de junio de 1943, 8 de mayo de 1963, 25 de mayo y 15 de junio de 1983.

La STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003, 1995. Pte. Excmo. Sr. D. J. de Asís Garrote, FD 3) recae sobre una partición hereditaria donde se alegó un error padecido por los demandantes al dar su consentimiento determinados por una equivocación en los cálculos realizados por el contador dirimente sobre la superficie de unas casas. El TS estimó que el error era inexcusable pues «con un medio estudio de [los planos], el error claramente se hubiera puesto de manifiesto, a lo que hay que añadir que los recurrentes, estuvieron siempre aconsejados y asistidos por su dirección letrada».

⁸⁸ La STS de 25 de enero de 1996 (RJ 1996, 318. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil, FD 1) conoce de un error alegado a propósito de un contrato de arrendamiento de un local. La arrendataria sustenta su demanda en que la superficie del local no correspondía a la estipulada en el contrato y en el hecho de que el local carecía de algunas obras de terminación. En una curiosa argumentación el TS señala que «se desvaneció la condición de esencialidad del error (...) al tratarse de situación fácilmente evitable, mediante el empleo de una mínima diligencia». Esa mínima diligencia consistía en haber medido el local o bien observarlo con cuidado –la arrendataria inspeccionó el local antes de celebrar el contrato– para percibirse de su estado. La STS de 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4796. Pte. Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil) conoce de la alegación de la existencia de error en el aumento de capital de una sociedad a través de la aportación unas fincas. Se señala que una de las fincas se incluyó por error. El TS advierte en el fundamento de derecho único de la sentencia que:

«[el error] se les ha de imputar [a quienes lo padecieron] en razón del deber que tenían de informarse de las circunstancias referentes a la situación de las fincas, lo que resulta relevante, tratándose de información de la que disponían.»

⁸⁹ La STS de 15 de julio de 1987 (sn 146), sobre dolo que vicia el consentimiento, que toma en consideración que la parte engañada «es de nacionalidad portuguesa, es mujer de avanzada edad y viuda desde hace muchos años. Vive sola y carente de ambiente y afecto familiares.» La STS de 14 de febrero de 1994 (sn 50) considera excusable el error del comprador de un bar que carecía de la documentación suficiente poniendo atención, aparentemente, en el bajo nivel de instrucción del comprador al señalar en su fundamento de derecho séptimo que era «un pintor de brocha gorda de profesión». Finalmente, la SAP de Salamanca de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007, 254071) toma en cuenta, para justificar la excusabilidad del error de unos vendedores que incluyeron en la escritura un bien que no deseaban vender, el hecho de que todos eran de muy avanzada edad, alguno de ellos de más de ochenta años.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, GHESTIN, *Traité*, pp. 625 ss.; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information*, pp. 199 ss.; KRONMAN, *Mistake, Disclosure*, p. 4; POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 90; RUDDEN, *Le juste et l'inefficace*, p. 96; JOURDAIN, *Le devoir*; p. 138; SCHÄFER y OTT, *Manual*, p. 324; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 312; GÓMEZ CÁLLE, *Los deberes precontractuales*, p. 89, y PÉREZ GARCÍA, *La información*, pp. 173-176.

⁹¹ Es posible que la parte ignorante pueda acceder a la información a través de técnicas de negociación comúnmente aceptadas (Ver NORTON, E., *Bargaining and the Ethics*, p. 532), por ejemplo –la más evidente de todas–, a través de preguntas, o bien, en el caso de un contrato de compraventa, estableciendo un pacto de retroventa. Cuando es posible acceder a la información a través de la negociación no hay razón para imponer un deber precontractual de informar, pues la información puede ser extraída de la propia negociación. En

3. Primacía

La confianza precede a la autorresponsabilidad. Ambas priman sobre las consideraciones de eficiencia.

Con respecto a lo primero –la primacía de la confianza sobre la autorresponsabilidad–, la razón es bastante obvia cuando se trata de DPI en los que una de las partes conoce la información y la otra la ignora. La utilización del principio de autorresponsabilidad involucra la posibilidad de formular un juicio de reproche a la parte ignorante: no se informó *debiendo* hacerlo⁹². Sin embargo, tal y como lo entiende la doctrina en general, la existencia de un nivel suficiente de confianza entre las partes funciona justificando la ignorancia de una de ellas, esta razón, en el espacio que ocupa la confianza el principio de autorresponsabilidad se queda sin juego, de ahí que las consideraciones de confianza priman por sobre el principio de autorresponsabilidad.

En lo que se refiere a la primacía de las consideraciones de confianza y autorresponsabilidad sobre las consideraciones de eficiencia. La razón que justifica la primacía de las primeras sobre las segundas tiene que ver con el hecho de que la relación contractual, tal y como está diseñada en el derecho privado, es, fundamentalmente, una relación entre partes, de manera que los argumentos válidos en dichas relaciones se refieren, generalmente, o bien a las partes individualmente consideradas o bien a su interacción. Si se acepta esto, es sencillo concluir que la introducción de consideraciones de eficiencia –que no atienden a la interacción de las partes en la relación contractual, sino a consideraciones de bienestar social– únicamente puede tener lugar en los intersticios que dejan aquellas consideraciones que atienden a la interacción de las partes, de otra manera –si se prefiriera las consideraciones de eficiencia– simplemente se desnaturalizaría el carácter de derecho privado de los contratos⁹³.

C) Los intersticios de la confianza y la autorresponsabilidad: casos realmente difíciles

Tiempo de una pequeña recapitulación. Un caso difícil es aquel respecto del cual no existe una respuesta preprogramada por el ordenamiento jurídico. Para estos efectos, se trata de un supuesto

situaciones como esas, las partes poseen suficientes recursos endógenos para protegerse a sí mismas sin necesidad de intervención del legislador o del juez (COLEMAN, et al., *Bargaining Theory*, p. 698).

⁹² En términos más técnicos la pregunta en torno a la cual se desenvuelve el principio de autorresponsabilidad es si la parte ignorante tiene o no la *carga* de informarse.

⁹³ Un poderoso argumento al respecto en WEINRIB, J., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 1-21.

en el que la pregunta acerca de si se debe o no informar, no queda respondida a través de un DPI típico. Frente a este tipo de supuestos no es posible –en mi opinión– acudir inmediatamente a consideraciones de eficiencia. Es necesario determinar, en primer lugar, si existió entre las partes un nivel de confianza que justifique la imposición del deber. Si existió dicho nivel, éste es suficiente para fundamentar la imposición del deber de informar, al margen de lo que aconsejen las consideraciones de eficiencia. Si no existió dicha confianza, entonces es necesario determinar si la parte ignorante se comportó con la diligencia debida, lo cual precisa examinar si la información era o no accesible. Si era accesible, la declaración de voluntad es imputable a quien la formuló, aún cuando haya quedado determinada por un error. Una vez más las consideraciones de eficiencia –al menos productiva– no parecen relevantes.

La pregunta que resta es qué sucede si no existe confianza y la información no es accesible para quien la ignora. Este es un caso «realmente difícil» y es en esta especie de supuestos cuando las consideraciones de eficiencia prestan, en mi opinión, su mejor servicio en la concreción de las exigencias de la buena fe.

En las páginas que restan me ocuparé de dos tareas. La primera consiste en ilustrar, a través de un ejemplo, un caso realmente difícil. La segunda tarea es explicar y justificar el uso de consideraciones de eficiencia en dicho caso.

1. *El ejemplo*

En términos muy sencillos, los hechos del caso son los siguientes: una persona sin especiales conocimientos en la materia vende, en una subasta pública, a un profesional cincuenta fotografías de un prestigioso fotógrafo (Baldus) por un precio unitario de mil francos franceses⁹⁴. Un tiempo después, la misma vendedora ofrece, privadamente, otro lote de fotografías al mismo comprador y por el mismo precio. La vendedora ignora que se trata de fotografías de Baldus y el precio que cobra por ellas no se aproxima, ni remotamente, a su valor de mercado⁹⁵. El comprador, desde luego, conocía la autoría de las fotos.

⁹⁴ Tomo la narración de los comentarios de MESTRE, J. y FAGES, B. sobre sentencias judiciales recaídas sobre materia de obligaciones y contratos especiales, en *RTDC*, 2000, pp. 566-568. Un análisis del caso en SEFTON-GREEN, R., «Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? – A Comparative Account of French and English Law», en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, p. 182.

⁹⁵ El comprador revendió el primer lote en dos millones de francos.

Una vez que la vendedora se entera del verdadero valor de las fotografías solicita la anulación del segundo contrato de compra-venta por dolo del comprador, consistente en no haberle informado acerca de la autoría de las fotografías. La Corte de Apelaciones de París consideró que la falta de lealtad de la conducta del comprador justificaba la anulación del contrato por dolo. Posteriormente, la Corte de Casación estimó que el comprador no tenía el deber de informar al vendedor de que las fotografías eran de un prestigioso artista, por lo que desestimó la alegación de dolo.

2. *Ni confianza ni autorresponsabilidad*

El caso descrito en el epígrafe anterior ilustra una situación en la cual no existe una confianza entre las partes que proteger ni es posible reprochar negligencia a la vendedora por su ignorancia.

Comienzo explicando por qué no existe confianza. La información en cuestión se refiere a la autoría de las fotografías, no se trata, entonces, de información que quede cubierta por el umbral mínimo de confianza. Tampoco existe una relación de confianza entre las partes, en términos tales que la vendedora pudiera fijarse de que, de conocer la información, el comprador se la suministraría. Para advertir por qué no existe dicha confianza, es necesario poner de relieve que se trata de información sobre la prestación de la vendedora y, además, información que aumenta el valor de dicha prestación⁹⁶.

⁹⁶ En la doctrina existe una cierta tendencia a considerar que tratándose de información que aumenta el valor no debe imponerse un deber de informar (Ver FABRE-MAGNAN, *De l'Obligation d'information*, pp. 151 ss; EISENBERG, «Disclosure in Contract Law», p. 1.676; VILLA, G., «Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione», *Quadrimestre*, n.º 1, 1988, pp. 286-300; VERDA Y BEAMONTE, «La reticencia», p. 17; y, con menor entusiasmo, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales*, p. 137). Existen múltiples argumentos para defender esta solución, algunos de ellos relacionados con consideraciones de eficiencia, otros, con el hecho de que la parte a la cual se le informa obtiene una ganancia inmerecida. Con respecto a las consideraciones de eficiencia, existen razones que se explican desde los desincentivos que produciría una regla que impusiera el deber de informar a quien tiene información que aumenta el valor de la otra prestación. Así, por ejemplo, se ha señalado que en estos casos la imposición de un deber de informar desincentivaría a celebrar el contrato a quien tiene la información (ver FABRE MAGNAN, «Duties of Disclosure», p. 115). El problema de los desincentivos no solo puede ser considerado desde la parte que tenía la información, sino además desde la de quien la ignora. Así, si el negociante que ignora la información sabe que de existir ésta, y teniéndola la otra parte, deberá suministrársela, no existe razón para que él invierta en conseguir por sí mismo esa información. A ello se añade que, en general, cuando se trata de información sobre la propia prestación quien está en mejores condiciones de conseguir la información es precisamente quien se obligó a la prestación (ver *Loc. cit.*)

Respecto de las ganancias inmerecidas, puede defenderse la inexistencia de un deber de informar en los supuestos de información que aumenta el valor desde el enriquecimiento que experimentaría la parte ignorante en el caso de que el contrato se anule, o se le indemnice de alguna manera. Esta crítica ha sido avanzada, entre otros, por RAMSAY («The Buyer-Seller Asymmetry Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure», *University of Toronto Law Journal*, vol. LVI, n.º 1, 2006, p. 115) a propósito del contrato

Para que una parte confíe razonablemente en que la otra le suministrará esa información en caso de conocerla, la relación de confianza debe ser extremadamente intensa y, en este caso, ciertamente, no lo era.

¿Qué sucede respecto de la autorresponsabilidad? La pregunta que se plantea aquí es si la información en cuestión (la autoría de las fotografías) era accesible para la vendedora en términos razonables. Para hacerse cargo de esta pregunta conviene distinguir si dicha información era directamente accesible o bien podía accederse a ella a través de la negociación.

Respecto del acceso directo a la información, es importante advertir que la vendedora no era una profesional, que no negoció asesorada por expertos y que, aparentemente, la información no era fácilmente accesible. Después de todo, de haberlo sido, probablemente, las fotografías habrían alcanzado un precio más alto en la subasta. Respecto del acceso a través de la negociación, es cierto que, la compradora podría haberle preguntado al vendedor por qué le interesaban las fotografías, pero, es necesario advertir que fue ella quien se las ofreció, por lo tanto no tenía motivos para pensar que el comprador estuviera especialmente interesado en ellas.

Pues bien, si no existe una confianza que proteger, ni una falta de diligencia que reprochar. La pregunta que surge entonces es qué intereses es necesario considerar para determinar si la conducta del comprador es o no dolosa o, formulada de otra manera la pregunta, si el comprador tiene o no un DPI.

3. *El uso de consideraciones de eficiencia*

En abstracto, frente al uso de consideraciones de eficiencia en cuanto argumento propio del discurso jurídico, es posible emprender dos tareas distintas. La primera de ellas consiste en evaluar la pertinencia de la utilización de dichos argumentos⁹⁷. La otra tarea es intentar organizar la convivencia de consideraciones de eficiencia con otras que, históricamente, han sido más afines al discurso jurídico propio del derecho privado. Mi esfuerzo en este trabajo

de venta. Cuestionándose acerca de por qué deberíamos tratar en forma distinta al comprador –liberándolo de entregar información que aumenta el valor– y al vendedor –imponiéndole el deber de comunicar aquella información que disminuye el valor de la cosa–. Su respuesta es que si se impone un deber de informar al comprador, el vendedor dejará la mesa de negociaciones con un beneficio que no tenía al momento de comenzar dichas negociaciones, que adquirió gratuitamente, y que podrá utilizar en tratos sucesivos. En el caso del vendedor no sucede lo mismo, si informa, por ejemplo, de que la cosa tenía un vicio oculto no confiere ningún beneficio al comprador que éste pueda utilizar en futuras transacciones.

⁹⁷ Así, por ejemplo, es posible cuestionar la posibilidad de emplear este tipo de consideraciones en la comprensión del contrato. Esto es lo que hace WEINRIB, *The Idea of Private Law, passim*.

apunta hacia la segunda tarea, esto es a organizar la convivencia de las consideraciones de eficiencia con otras. Esto supone que las consideraciones de eficiencia tienen *un* lugar en el razonamiento jurídico y que el problema es *cuál* sea ese lugar.

La razón que me ha llevado a optar por la segunda tarea es que, específicamente tratándose de DPI, las consideraciones de eficiencia parecen ser ampliamente aceptadas por la doctrina comparada y española, aunque, evidentemente, con distintos énfasis⁹⁸. También parece que la eficiencia constituye un elemento que se ha tenido en cuenta al momento de diseñar algunas de las iniciativas más importantes de armonización del derecho europeo de los contratos⁹⁹. Así las cosas, me parece que la opción por radicar la discusión en el lugar que ocupan las consideraciones de eficiencia se encuentra suficientemente justificada.

Si se acepta lo que ha quedado dicho en los dos últimos párrafos, la tarea que resta es precisar el lugar que ocupan las consideraciones de eficiencia en el razonamiento jurídico cuando se trata de DPI atípicos. Sobre esto ya he afirmado que tienen preeminencia las consideraciones de confianza y autorresponsabilidad sobre las de eficiencia. Una vez que se ha determinado su pertinencia, lo que resta por exponer es cómo se aplican las consideraciones de eficiencia. Una mirada a lo que ya ha quedado dicho respecto de las consideraciones de eficiencia asignativa y productiva muestra que Trebilcock está en lo cierto cuando afirma que, en términos de eficiencia, la meta es que la información llegue al mercado con la menor cantidad de costos de transacción posibles¹⁰⁰. Para lograr este cometido, la regla puede exponerse en dos partes:

(1) Si una de las partes tiene información que la otra ignora y que es relevante para la adecuada formación del consentimiento se

⁹⁸ Ver, por ejemplo, EISENBERG, «Disclosure in Contract Law», p. 1652; FABRE MAGNAN, «Duties of Disclosure», *passim*; KÖTZ, H., «Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective», *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, 2000, *passim*; MARKESINIS, B., ÜNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract*, p. 181. Sobre la doctrina española ver pp. 20-21

⁹⁹ Así, por ejemplo, aparece de la lectura de los PECL en lo que se refiere a dolo y error (ver pp. 1702-1703). Más explícito aún es el caso del *Draft Common Frame of Reference* (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference), elaborado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Editado por Von Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Schlechtriem, P., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A. y Zoll, F., edición digital [DCFR]), uno de cuyos principios subyacentes (*underlying principles*) es la eficiencia (ver DCFR, p. 13). Ver, además, EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., «The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28-4, 2008, pp. 673-674.

¹⁰⁰ TREBILCOCK, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 115.

justifica la imposición de un deber de suministrarla, salvo que, al hacerlo de esta manera se ralentice la llegada de la información al mercado.

Así, por ejemplo, en un caso como *Laidlaw v. Organ* no parecen existir consideraciones de eficiencia asignativa que justifiquen proteger la reticencia del comprador. La razón es que la información se hará pública igualmente en un plazo muy breve. Las cosas son diferentes en Baldus. Si no se protege la reticencia del comprador, probablemente, la información acerca de la autoría de las fotografías tardará un tiempo considerable en llegar al mercado.

(2) Aún cuando la imposición de un deber de informar ralentice la llegada de la información al mercado, dicha imposición tiene sentido económico si los efectos de la información son predominantemente redistributivos.

No toda información es socialmente valiosa. En términos de eficiencia, entonces, no interesa incentivar la adquisición y utilización de cualquier tipo de información. Así, por ejemplo, sucede en el ejemplo de Paz-Ares en el que una persona tiene información acerca de la construcción de una carretera y adquiere un predio aledaño a ella sin comunicarle la información al vendedor que la ignora¹⁰¹. En la medida de que se acepte que el principal efecto de esa información consiste en desplazar riqueza desde el vendedor al comprador, el hecho de que la imposición de un deber precontractual de información desincentive la adquisición o uso de dicha información es irrelevante en términos de eficiencia.

Tiempo de concluir. La mejor doctrina española ha acogido –con entusiasmo generalmente– el uso de consideraciones de eficiencia para determinar el alcance de los deberes precontractuales de informar. Las páginas anteriores constituyen un esfuerzo por avanzar en esta dirección, intentando agudizar la comprensión sobre las consideraciones de eficiencia en dos sentidos. De una parte, se trata de advertir qué se ha entendido por eficiencia para estos efectos; de otra parte, se busca precisar cómo se articulan las consideraciones de eficiencia con otras más propias del discurso jurídico tradicional. Mi impresión es que se trata de un esfuerzo valioso –otra cosa es, desde luego, el resultado–, porque, en definitiva, una percepción más agudizada de las consideraciones de eficiencia agudiza nuestra percepción del fenómeno jurídico en su conjunto.

¹⁰¹ Ver pp. 1699-1700.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. I, «Introducción y parte general». 17.^a ed., Edisofer, Madrid, 2006.
- ALCHIAM, A., «Property Rights», en *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponible en <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/PropertyRights.html>. Visitado 27/2/2007.
- BARNETT, R., «Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 15, 1992.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H. y TALLON, D., *Contract Law*, Hart, Oxford, 2001.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2.^a ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BAZOSABAL ARRUE, J., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC* 62-2, 2009.
- BIRMINGHAM, R., «The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ», *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 29, 1988.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *RCDI*, n.^o 628, 1995.
- CALAMARI, J. y PERILLO, J., *Contracts*, 3.^a ed., Westpublishing Co. Minnesota, 1987.
- CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959.
- CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- COLEMAN, J., HECKATHORN, D. y MASER, S., «A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law», *Harv. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 12, 1989.
- COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998.
- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., «The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28-4, 2008.
- EISENBERG, M., «Disclosure in Contract Law», *Cal. L. Rev.*, vol. 91, 2003.
- FABRE-MAGNAN, M., «Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis», en Beatson, J., y Friedman, D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Londres, 1997.
- FARNSWORTH, A., *Alleviating Mistakes. Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions*, Oxford University Press, 2004.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARCÍA CANTERO, G., (en Castán-García Cantero), *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.^a ed., Reus, Madrid, 1992.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GHESTIN J., «The Precontractual Obligation to Disclose Information», en Harris D., y Tallon, D. (eds.), *Contract Law Today*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*, La Ley, Madrid, 1994.
- HIRSHLEIFER, J., «The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity», en *American Economic Review* vol. 61, 1971.
- JOURDAIN, P., «Le devoir de "se" renseigner», Dalloz, 1983, *Chron.*
- KÖTZ, H., «Precontractual Duties of Disclosure: A Comparative and Economic Perspective», *European Journal of Law and Economics*, vol. 9, 2000.
- KRONMAN, A., «Mistake, Disclosure and the Law of Contract», *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 1, 1978
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MARKEZINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Portland, 2006.
- MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.
- PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- PIETROBON, V. *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 7.ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2007
- PROBST, T., «Deception», en von Mehren, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. VII, Contracts in General, parte 2, Mohr Siebeck y Martinus Nijhoff Publishers, Tubinga, 2008.
- QUIÑONERO CERVANTES, E., «El dolo por omisión», *RDP*, 1979.
- RIPERT, G., «La règle morale dans les obligations civiles», *LGDJ*, París, 1949.
- RAMSAY, I., «The Buyer-Seller Asymmetry Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure», *University of Toronto Law Journal*, vol. LVI, n.º 1, 2006».
- ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994.
- RUDDEN, B., «Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements», *RTDC*, 1985.
- SCHÄFER H.-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, trad. M. von Carsteen-Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991.
- SEFTON GREEN, R., «General Introduction», en Id., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- «Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? – A Comparative Account of French and English Law», en Howells, G., Janssen, A. y Schulze, R. (eds.), *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005.
- SHAVELL, S., «Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale», *The Rand Journal of Economics*, vol. 25, n.º 1, 1994.
- SMITH, S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2005.
- STRUEDLER, A., «Moral Complexity in the Law of Non-Disclosure», en *UCLA L. Rev.*, vol. 45, 1997
- TREBILCOCK, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

- TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.^a ed., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2003.
- VALÉS DUQUE, P., «La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- VAN ROSSUM, J., «The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criterions, Differences and Similarities between the Legal Systems», *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 7, 2000.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- «La reticencia en la formación del contrato», *Aranzadi Civil*, 22, 1999.
- VILLA, G., «Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi della ricerca di informazione», *Quadrimestre*, n.^o 1, 1988.
- VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, «Los hechos jurídicos», trad. T. Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WEINRIB, J., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R., «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Id. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., trad. T. Weir, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?*

JUAN DAVID SÁNCHEZ CASTRO
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la jurisprudencia en torno a la naturaleza del cumplimiento por equivalente. A pesar de que el TS había considerado el cumplimiento por equivalente como una partida indemnizatoria derivada del artículo 1.101 del Código civil (Cc), existen una serie de sentencias muy recientes del TS en las que se considera el cumplimiento por equivalente como un remedio autónomo y distinto de la indemnización de daños y perjuicios.

Además, en el artículo se distingue el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia del aplicable en materia de incumplimiento contractual. Se concluye que el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia tiene su fundamento en normas procesales que no sirven para construir, en sede de incumplimiento, un régimen indemnizatorio distinto del derivado del artículo 1.101 Cc.

Finalmente, se estudian los diversos requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación del cumplimiento por equivalente así como los distintos criterios utilizados para su valoración.

PALABRAS CLAVES

Cumplimiento por equivalente; naturaleza, requisitos y valoración; perpetuatio obligationis; aestimatio rei; id quod interest, indemnización de daños y perjuicios; ejecución de sentencia; imposibilidad de realizar la prestación «in natura».

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados», dirigido por el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno, (DER2008-00968) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

ABSTRACT

In this article the different cases law about the nature of damages in lieu will be analyzed. Despite the Supreme Court had considered damages in lieu as an amount part of the compensation derived from the Section 1.101 of the Civil Code (Cc), there is a series of very recent cases law in which damages in lieu are considered as an independent and different remedy from due compensation.

Besides, in this work, damages in lieu in performing of judicial sentence are separated from the ones applicable in breach of contract cases. The conclusion is that damages in lieu in performing of judicial sentence have their legal grounds in certain processual rules that are not useful to create, in matter of breach of contract, a compensation different from the one derived from the Section 1.101 Cc.

Finally, the different requirements used by the cases law to apply damages in lieu and damage assessment will be both examined.

KEY WORDS

Damages in lieu: nature, requirements and damage assessment; perpetuatio obligationis; aestimatio rei; id quod interest; due compensation; damages; performing of judicial sentence; impossible fulfillment of the initial obligation.

SUMARIO: 1. *Delimitación del tema.*–2. *Definición y fundamento del cumplimiento por equivalente.*–3. *Naturaleza de la pretensión:* 3.1 Objeto del epígrafe. 3.2 Juríprudencia sobre el cumplimiento por equivalente. 3.2.1 Cumplimiento por equivalente como indemnización de daños y perjuicios. 3.2.2 Cumplimiento por equivalente como pretensión distinta e independiente de la reclamación de daños y perjuicios. 3.2.3 Supuesto específico de cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia. 3.3 Conclusión. –4. *Requisitos para la aplicación del cumplimiento por equivalente:* 4.1 Objeto del epígrafe. 4.2 Imposibilidad de la prestación específica. 4.2.1 Subsidiariedad. 4.2.2 Características de la imposibilidad. 4.3 Conclusión. –5. *Valoración del cumplimiento por equivalente:* 5.1 Objeto del epígrafe. 5.2 Criterios jurisprudenciales para la determinación del montante. 5.2.1 Suma «ad valorem». 5.2.2 Actualización del importe de la deuda. 5.2.3 Valor en el momento de presentar la demanda. 5.2.4 Precio de mercado. 5.3 Conclusión. –6. *Conclusiones finales.*–**Bibliografía.**

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Como es sabido, el artículo 1.124.II del Código civil (Cc) establece que el perjudicado por un incumplimiento contractual puede «escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución contractual

de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos».

La pretensión de cumplimiento recogida en este precepto consiste en que el acreedor puede compelir al deudor a que realice la prestación específica debida o, en su caso, solicitar su cumplimiento forzoso¹. La alternativa a la pretensión de cumplimiento sería la resolución de la relación contractual a la que el acreedor sólo puede acudir bajo determinadas circunstancias en las que ahora no entra-re. En ambos casos, tanto si opta por exigir el cumplimiento de la obligación como si pretende resolver el contrato, el acreedor puede solicitar al incumplidor una indemnización de daños y perjuicios, siempre que se acredite adecuadamente la existencia de los mismos, su relación de causalidad con el incumplimiento y, en su caso, la culpa del deudor.

La hipótesis de partida es la siguiente: el acreedor perjudicado por el incumplimiento no desea resolver el contrato (ni solicitar, en su caso, la posible anulabilidad del mismo), pero el cumplimiento específico de la obligación incumplida ha devenido imposible. Si se trata de una imposibilidad sobrevenida fortuita² y el deudor no se halla constituido en mora, quedaría liberado de su obligación tal y como regulan los artículos 1.182 y siguientes del Código civil. En caso contrario, esto es, deviniendo imposible la prestación específica sin que el deudor haya quedado liberado de la misma, el acreedor tan sólo podrá solicitar una indemnización pecuniaria en la que se incluyan los correspondientes daños y perjuicios en compensación por la obligación específica incumplida.

Precisamente, en este último supuesto de imposibilidad en el cumplimiento de la prestación debida, en el marco de una obligación contractual, es donde ha aparecido reiteradamente el fantasma del «cumplimiento por equivalente», basado en una supuesta subsistencia de la obligación debida pero transformada en su equivalente pecuniario o *aestimatio rei*. Se trata de una reminiscencia de la *perpetuatio obligationis* propia del Derecho romano.

Dado que en el supuesto planteado lo único que podría recibir el acreedor, en su caso, sería una indemnización pecuniaria destinada a resarcir los posibles daños y perjuicios derivados del incumplimiento, la solicitud de la denominada *aestimatio rei* nada tiene que ver con la pretensión de cumplimiento del artículo 1.124 Cc,

¹ Artículo 1.096 Cc para las obligaciones de dar y el 1.098 Cc para las de hacer.

² Como ha señalado la jurisprudencia, la imposibilidad sobrevenida (física o jurídica) ha de ser objetiva, absoluta y duradera: STS, 1.^a, 30.4.2002 (Pte. Corbal Fernández; FD 7.^o), imprevisible e irresistible: STS, 1.^a, 20.5.1997 (Pte. Almagro Nosete; FD 4.^o), posterior al nacimiento de la obligación: STS, 1.^a, 15.2.1994 (Pte. Ortega Torres; FD 4.^o) y no imputable al deudor: STS, 1.^a, 20.5.1997 (Pte. Almagro Nosete; FD 4.^o) y STS, 1.^a, 15.2.1994 (Pte. Ortega Torres; FD 4.^o).

sino en todo caso con la indemnización de daños y perjuicios. De hecho, la distinción entre pretensión indemnizatoria y cumplimiento por equivalente sería una cuestión baladí si no fuera porque una parte de la doctrina y también algunas sentencias han fijado un régimen jurídico distinto para la aplicación de cada una de ellas. El problema es que hasta ahora no se ha justificado adecuadamente la dualidad de regímenes indemnizatorios para ambos remedios.

Muchas páginas se han escrito, y algunas de ellas muy brillantes, acerca de la naturaleza del cumplimiento por equivalente y la posibilidad (más bien imposibilidad) de ser considerada como una pretensión distinta y autónoma de la indemnización de daños y perjuicios recogida en el artículo 1.101 Cc. Por ello, me centraré únicamente en el análisis de la jurisprudencia sobre este particular, en especial de la más reciente, para concluir que no existen motivos suficientes para atribuir un régimen jurídico indemnizatorio distinto al cumplimiento por equivalente, dado que dicho remedio no es más que una partida específica de la pretensión indemnizatoria general recogida en los artículos 1.124 y 1.101 Cc.

Respecto a la indemnización de daños y perjuicios me centraré exclusivamente en la regla general del sistema de responsabilidad obligacional contenida en el artículo 1.101 Cc, sin entrar a valorar los distintos criterios de imputación atribuidos a esta norma.

2. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE

El cumplimiento por equivalencia viene a ser un remedio sustitutivo del derecho al cumplimiento específico de la obligación, que consiste en una indemnización compensatoria cuyo montante ha de ser calculado sobre la base del valor de la prestación específica incumplida (*aestimatio rei*)³.

En ausencia de precepto sustantivo regulador de esta pretensión, el fundamento del cumplimiento por equivalente se ha construido principalmente sobre la base de normas procesales. En concreto, la jurisprudencia suele citar, en relación con esta pretensión, el artículo 18.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ) y el artículo 706 de la Ley 1/2000, de 7 de

³ En la STS, 1.^a, 20.12.2006 (Pte. Montés Penadés; FD 2.^o), parece confundirse el cumplimiento por equivalencia con la reducción del precio. En el ámbito de una compraventa, el TS sostiene lo siguiente: «De otra suerte, estaríamos ante supuestos de defectos [en la cosa objeto de la compraventa] que, no haciendo la prestación imprópria para su destino, habrían de dar lugar a subsanación por la vía de reparación “in natura” o por reducción al precio, que alguna sentencia califica como “cumplimiento por equivalencia” [STS, 1.^a, 15.3.1979 (Pte. De Castro García)]» (FD 2.^o).

enero, de Enjuiciamiento civil (en adelante, LEC). El primero (art. 18.2 LOPJ) hace referencia genéricamente a las medidas que el juez o tribunal habrá de adoptar para asegurar la ejecución de las sentencias, en aquellos casos en que éstas no puedan ser ejecutadas en sus propios términos. El artículo 706 LEC, por su parte, se refiere a las obligaciones de hacer: «Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios»⁴.

Mediante estas normas se ha tratado de dotar al cumplimiento por equivalente de un régimen distinto del recogido en el Código civil. Sin embargo, como expondré en el epígrafe 3.2.3 los argumentos jurídicos para sostener la especialidad del régimen indemnizatorio del cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia no pueden ser utilizados para justificar la existencia de un régimen indemnizatorio especial en sede de incumplimiento contractual.

Otro argumento utilizado para distinguir el cumplimiento por equivalente del régimen indemnizatorio general ha sido la referencia al «precio» de la cosa o servicio acordado por las partes en algunos preceptos del Código civil. Podría decirse que cuando el Código civil en estos preceptos cita el «precio» de la cosa se refiere a la *aestimatio rei* o equivalente pecuniario de la prestación originaria, en contraposición a la mera pretensión indemnizatoria⁵.

⁴ La SAP Asturias, 1.^a, 24.4.2008 (Pte. Antón Guijarro) ha interpretado el artículo 706 LEC en el sentido de que el ejecutante puede optar entre el cumplimiento de la obligación «in natura» o el cumplimiento por equivalente, es decir, la conversión de aquélla en una indemnización de daños y perjuicios (FD 3.^º).

⁵ El artículo 1.136.II Cc en relación a las obligaciones alternativas establece lo siguiente: «si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido».

Una referencia similar puede encontrarse en el 1.147.II Cc cuyo tenor literal es el siguiente: «Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos [deudores solidarios], todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente».

El artículo 1.150 Cc también se refiere a una «indemnización» consistente en el precio de la cosa, en el caso de obligaciones indivisibles mancomunadas: «la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación».

Finalmente, los artículos 1.096 y 1.098 Cc han sido citados, en ocasiones, con relación al cumplimiento por equivalencia. Respecto del artículo 1.098 Cc la STS, 1.^a, 23.3.2007 (Pte. Corbal Fernández; FD 5.^º) establece que: «el cumplimiento “por equivalencia” [...] no tiene su fundamento en el art. 1.101 Cc sino en el art. 1.098 Cc (cuando se trata de obligaciones de hacer)» (FD 5.^º). Sin embargo, es necesario insistir en que esta relación sólo es válida en el caso de las «obligaciones de hacer» como señala la sentencia citada. En los contratos de obra, por ejemplo, la aplicación del cumplimiento

Sin embargo, existen dos inconvenientes para aceptar ese argumento. Por una parte, esas normas del Código civil sólo se aplican a ciertas clases de obligaciones lo que hace muy difícil construir una idea del cumplimiento por equivalente a partir de ellas. Por otra parte, la idea del «precio» de la cosa es equívoca porque como expondré en el epígrafe 5, aquél no es más que uno de los criterios de valoración de la prestación originaria utilizados por la jurisprudencia para calcular el equivalente pecuniario por el que debe responder el deudor incumplidor.

3. NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN

3.1 **Objeto del epígrafe**

Existen dos posiciones doctrinales en torno a la naturaleza del cumplimiento por equivalente: a) la que defiende que esta pretensión ha de quedar integrada en la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 Cc, y, por tanto, ha de ser entendida como una partida indemnizatoria más de dicha pretensión, y b) la que sostiene que se trata de remedios distintos e independientes.

Examinaré brevemente la jurisprudencia de cada una de las posiciones mencionadas, con el objeto de dilucidar: (i) los problemas que surgen cuando ambos remedios son considerados como autónomos e independientes, y (ii) la ausencia de argumentos jurídicos sólidos para mantener tal posición.

3.2 **Jurisprudencia sobre el cumplimiento por equivalente**

3.2.1 **CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE COMO INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

Existe una línea jurisprudencial consolidada que ha entendido el cumplimiento por equivalente como una pretensión integrada en la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Es la idea que ha defendido además un importante sector de la

por equivalencia ante un cumplimiento defectuoso del contrato exige al deudor realizar las reparaciones necesarias para entender cumplido el contrato. Si el deudor no realizase esas reparaciones, en aplicación del artículo 1.098 Cc podrían ser realizadas aquéllas por un tercero repercutiendo los costes al deudor. Subsidiariamente y sólo cuando ese cumplimiento forzoso resultara también imposible cabría acudir a la solución indemnizatoria. Esta es al menos la regla general aplicada por la jurisprudencia (véase la nota 31).

doctrina⁶ que, con buen criterio, no ha encontrado motivos para atribuir al cumplimiento por equivalente un régimen especial de indemnización por incumplimiento distinto del general recogido en el Código civil.

En la STS, 1.^a, 4.11.1985 (Pte. Beltrán de Heredia y Castaño) se consideran como equivalentes ambos remedios:

«[el daño provocado por el incumplimiento] sólo es susceptible de repararse con el cumplimiento por sustitutivo o equivalencia, que se obtiene con la pertinente indemnización de los daños y perjuicios causados, como precisan los artículos 1.124 y 1.101 del Código, en términos a los que se remite el párrafo segundo del 1.451» (FD 3.^º).

El valor de la prestación que ha devenido imposible es denominado en esta sentencia «cumplimiento por sustitutivo o equivalencia», aunque el Tribunal se encarga de aclarar inmediatamente que dicha pretensión ha de ser considerada como una mera porción de la indemnización de daños y perjuicios derivada de los artículos 1.124 y 1.101 Cc.

También se relaciona este último precepto con el cumplimiento por equivalente en la STS, 1.^a, 30.12.1991 (Pte. Almagro Nosete). En ella puede leerse lo que sigue:

«el artículo que se invoca como infringido se refiere al cumplimiento de las obligaciones según lo pactado, pero no al supuesto de incumplimiento que origina la necesidad de un cumplimiento por equivalente, como es el caso que se contempla, a cuyo supuesto, el precepto aplicable es el art. 1.101» (FD 3.^º)⁷.

⁶ Entre la doctrina que ha seguido esta tesis destacan los siguientes autores: ALBALADEJO (2002) p. 200 y 208; CAPILLA RONCERO (1989) p. 107, nota 9; CASTÁN TOBEÑAS (1988) p. 240; DELGADO ECHEVERRÍA (2000) p. 165; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008) p. 781; LÓPEZ Y LÓPEZ/MONTÉS PENADÉS/ROCA I TRIAS *et. al.* (2001) p. 162; MORALES MORENO (2006) p. 91; OSSORIO MORALES/OSSORIO SERRANO (2004) p. 141 y 142; PANTALEÓN (1991) pp. 1.054 y 1.055; ROGEL VIDE (2007) pp. 73 ss. y p. 80; VERDERA SERVER (1995) pp. 211 a 213.

⁷ La misma idea se mantiene en las siguientes sentencias: STS, 1.^a, 26.5.1998 (Pte. Villagómez Rodil): «[...] determina la procedencia solicitada de los daños y perjuicios ocasionados [...] la que representa un cumplimiento por equivalencia» (FD 1.^º *in fine*), STS, 1.^a, 4.11.1997 (Pte. O'Callaghan Muñoz): «al no poderse exigir el cumplimiento específico en forma forzosa, se deberá acudir al cumplimiento por equivalencia, indemnización de daños y perjuicios, como prevé el artículo 1.101 del Código civil» (FD 2.^º), STS, 1.^a, 25.7.1995 (Pte. Almagro Nosete): «El “cumplimiento por equivalencia” no es un concepto legal, sino doctrinal que hace referencia a la necesidad de compensar los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento» (FD 5.^º), STS, 1.^a, 16.7.1992 (Pte. Malpica González-Elipe): «asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación “*in natura*” [...] o bien instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario –art. 1.101 Cc–» (FD 5.^º) y STS, 1.^a, 21.11.1990 (Pte. Casares Córdoba): «[El artículo 1.091 Cc] ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia –indemnización de perjuicios del artículo 1.101–» (FD 5.^º).

En la STS, 1.^a, 28.6.1999 (Pte. O'Callaghan Muñoz) se parte del incumplimiento de una obligación de resultado. Bajo el concepto *id quod interest* se incluye en el denominado cumplimiento por equivalencia tanto el daño material como los daños morales derivados del incumplimiento. De este modo, el cumplimiento por equivalente (integrado nuevamente en la indemnización de daños y perjuicios del art. 1.101 Cc), no sólo se compone del valor de la prestación incumplida (*aestimatio rei*), sino además de otros conceptos propios del régimen indemnizatorio general recogido en el Código civil con el que aquél se confunde. La cita textual de la sentencia es la siguiente:

«Tal como se desprende de lo expuesto, se aprecia el *incumplimiento de la obligación de resultado que había contraído el médico* en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, *produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia*, “*id quod interest*” que comprende la indemnización de los daños materiales, tal como ha estimado la Sentencia del JPI, y de los daños morales, como asimismo ha considerado dicha Sentencia. Por tanto, procede confirmar la Sentencia dictada en primera instancia» (FD 4.^o).

Existen además sentencias de diversas Audiencias Provinciales que, en resoluciones muy recientes, consideran el cumplimiento por equivalente como indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 Cc⁸.

3.2.2 CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE COMO PRETENSIÓN DISTINTA E INDEPENDIENTE DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS⁹

A pesar de lo expuesto hasta aquí, el Tribunal Supremo, en algunas sentencias muy recientes, ha considerado que el cum-

⁸ A modo de ejemplo, citaré las siguientes: SAP Asturias, 1.^a, 24.4.2008 (Pte. Antón Guijarro; FD 3.^o), SAP Burgos, 3.^a, 14.12.2005 (Pte. Villamar San Salvador; FD 4.^o), SAP Madrid, 13.^a, 29.6.2004 (Pte. Zarco Olivo; FD 5.^o), SAP Barcelona, 4.^a, 1.3.2001 (Pte. Álvarez García; FD 4.^o), SAP Granada, 3.^a, 2.5.2000 (Pte. Albiez Dorhmann; FD 1.^o). SAP Sevilla, 5.^a, 15.10.1997 (Pte. Gallardo Correa; FD 4.^o). Más ambigua resulta la SAP Valencia, 8.^a, 24.7.2007 (Pte. Ortega Mifsud) que bajo el concepto de «cumplimiento por equivalente» se refiere tanto al «abono de daños y perjuicios» como al cumplimiento de una prestación similar a la primitiva. En el fallo de la sentencia puede leerse: «se establece como condena al abono de daños y perjuicios el cumplimiento por equivalente, poniendo a disposición de la demandante una vivienda y garaje de igual o similares características [de las que fueron objeto del contrato de compraventa]».

⁹ Entre la doctrina que ha seguido esta otra tesis destacan los siguientes autores: BADOSA COLL (1987) p. 986; JORDANO FRAGA (1987) p. 238, nota 266; LLAMAS POMBO (1999) p. 315; PINTÓ RUIZ (1958) p. 205 y (1964) pp. 962-963; PUIG BRUTAU (1957) pp. 151, 158, 161, 162 y 205; TORRALBA SORIANO (1971) pp. 1.155-1.156; YZQUIERDO TOLSADA (2001) p. 119.

plimiento por equivalente no debe confundirse con la indemnización de daños y perjuicios. En estas resoluciones, ambos remedios son tratados como dos pretensiones autónomas e independientes que exigen, en cada caso, requisitos distintos para su aplicación. Analizaré a continuación los problemas derivados de esta tesis.

En la STS, 1.^a, 26.12.2006 (Pte. Montés Penadés), se apela a la necesidad de distinguir entre ambas pretensiones, en la medida en que cada una de ellas «responde a principios y criterios diversos» (FD 3.^º). En esta sentencia se sigue defendiendo que el cumplimiento por equivalente sustituye a la prestación, en virtud de la *perpetuatio obligationis* (a la que aludí en el epígrafe 1), mientras que la indemnización de daños y perjuicios constituye una obligación nueva y distinta que surge de acuerdo con la Ley (art. 1.101 Cc)¹⁰.

La consecuencia de separar y distinguir ambos remedios (cumplimiento por equivalente y resarcimiento de daños y perjuicios) es que a la hora de conceder la *aestimatio rei* se obvian las condiciones imprescindibles en la estimación de toda pretensión indemnizatoria. Es doctrina pacífica que para el resarcimiento de daños y perjuicios resulta necesaria la concurrencia de las siguientes condiciones: (i) daño resarcible adecuadamente acreditado, (ii) relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño producido, y (iii) en su caso, culpa de la parte incumplidora.

Si el cumplimiento por equivalente es considerado como una (parte de la) indemnización de daños y perjuicios, la aplicación de aquél exigiría también la concurrencia de estos requisitos. Si, por el contrario, el cumplimiento por equivalente no se funda en el artículo 1.101 Cc sino en el arcaico argumento de la *perpetuatio obligationis* se logra obtener el mismo resultado indemnizatorio sin atender a los mencionados requisitos. El problema principal es que esta separación genera una gran inseguridad jurídica por parte de quien ha de responder de la eventual indemnización, porque en función de la naturaleza que se le atribuya al cumplimiento por equivalente el deudor incumplidor de la prestación originaria que resultó imposible no podrá conocer con antelación si la parte perjudicada por el incumplimiento le reclamará la indemnización de daños y perjuicios con los requisitos derivados del artículo 1.101 Cc o de forma automática de acuerdo con la idea de que la prestación

¹⁰ En la reciente STS, 1.^a, 10.3.2009 (Pte. Xiol Ríos) se mantiene también la idea de que la obligación originaria que ha devenido imposible subsiste en virtud del principio *perpetuatio obligationis* distinguiéndola de la obligación nueva nacida del incumplimiento que constituye la indemnización de daños y perjuicios (FD 3.^º).

originaria que devino imposible se transforma en todo caso en su equivalente pecuniario¹¹.

Esto es lo que sucede en la ya mencionada STS, 1.^a, 26.12.2006 (Pte. Montés Penadés). Una vez probado en la sentencia de instancia que no concurren los requisitos propios de la indemnización de daños y perjuicios se acude al cumplimiento por equivalente para obtener el mismo resultado obviando aquéllos:

«Ante tal situación, hay que acudir al cumplimiento por equivalente, que ciertamente no se ha de confundir con la indemnización de daños, pues responde a principios y criterios diversos, ya que el cumplimiento sustituye a la prestación, en virtud de la *perpetuatio obligationis*, y la indemnización de daños y perjuicios obedece a una nueva obligación que la Ley (art. 1.101 Cc) hace surgir por razón del incumplimiento, fijando su extensión (artículos 1.106, 1.107 y 1.108 Cc)» (FD 3.^º).

La misma idea se encuentra en la STS, 1.^a, 23.3.2007 (Pte. Corbal Fernández)¹², en la que se distinguen perfectamente las dos pretensiones y se recuerdan las diferentes condiciones para la aplicación de cada una de ellas:

«Para la aplicación del cumplimiento por equivalencia basta que no sea posible el cumplimiento “*in natura*”, o no sea ya útil al acreedor; en cambio para la indemnización de daños y perjuicios del art. 1.101 Cc es preciso que se prueben éstos, o conste su existencia “*in re ipsa*”, y el nexo causal, y concurra un criterio de atribución» (FD 5.^º).

¹¹ Montés Penadés, consciente de este problema, afirma lo siguiente respecto del posible daño derivado del mero incumplimiento: «Aunque la jurisprudencia ha dicho muchas veces que el mero incumplimiento no implica, por sí, la existencia de un daño, no faltan sentencias en que se indica que el incumplimiento constituye siempre un perjuicio o daño por razón de la fuerza vinculante de la misma obligación. Y esta doctrina es la correcta, ya que al menos la mera omisión de la prestación implica el daño en la medida del valor de la prestación *propter rem ipsam non habitat*. La LEC parece inclinarse, aunque sin excesiva claridad, por este planteamiento». LÓPEZ Y LÓPEZ/MONTÉS PENADÉS/ROCA I TRIAS et. al. (2001) p. 162. Montés Penadés fue el ponente de la STS, 1.^a, 26.12.2006, que será analizada *infra*. En ella, se consideran como obligaciones autónomas el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios.

En contra, Pantaleón quien niega «que todo incumplimiento suponga *per se* un daño». Añade: «baste pensar en el incumplimiento por parte de un comprador de su obligación de pagar el precio, que permite al vendedor resolver la venta de un bien cuyo valor de mercado se haya incrementado extraordinariamente entre el momento de la celebración del contrato y el de la resolución». PANTALEÓN (1991) p. 1.024.

Por su parte, Castán Tobeñas establece que «aunque por regla general acompañará el daño al incumplimiento, podría darse el caso de que se produjera éste sin que aquél concurriese». CASTÁN TOBEÑAS (1988) p. 242.

A. Carrasco Perera es categórico al sostener que «la afirmación de que el mero incumplimiento es daño, constituye doctrina sin duda errónea». Más adelante, afirma que «el deudor responde cuando por motivo del incumplimiento se produce un daño imputable». CARRASCO PERERA (1989) pp. 402 y 403 respectivamente.

¹² Esta sentencia es citada por la SAP Orense, 1.^a, 22.4.2008 (Pte. Alañón Olmedo; FD 4.^º).

En este caso, descartada la posibilidad de fundar el cumplimiento por equivalente en el régimen general indemnizatorio regulado en el Código civil, la pretensión indemnizatoria se articula en torno a las normas de la LEC que regulan el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia y en el artículo 1.098 Cc (por tratarse de una obligación de hacer). Sobre la base de estas normas se pretende fundar la supuesta autonomía de la *aestimatio rei*. En la misma sentencia¹³ puede leerse:

«Evidentemente el cumplimiento “por equivalencia”, aunque da lugar a un equivalente económico –que un sector doctrinal denomiña indemnización–, no tiene su fundamento en el art. 1.101 Cc sino en el art. 1.098 Cc (cuando se trata de obligaciones de hacer) y los preceptos que regulan el cumplimiento forzoso en la Ley de Enjuiciamiento civil. Ello no obstante, “además” (como obligación accesoria) puede operar el resarcimiento de daños y perjuicios del art. 1.101 Cc si concurren los requisitos correspondientes» (FD 5.º)¹⁴.

También en la STS, 1.ª, 10.3.2009 (Pte. Xiol Ríos) se mantiene la misma tesis, aunque tratándose de una obligación de dar, el fundamento de la autonomía del cumplimiento por equivalente se busca en el artículo 1.096 Cc:

«El derecho del acreedor, en una obligación de entregar cosa determinada, a compelir al deudor a que realice la entrega, consagrado en el artículo 1.096 Cc como independiente del derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios, determina que la imposibilidad de cumplimiento “in natura” [en la sustancia original], cualquiera que sea su causa –siempre que no comporte la extinción de la obligación (como ocurre en el caso de pérdida de la cosa por causa no imputable al deudor no moroso: artículo 1.182 Cc)–, puede ser objeto de un cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, el cual no necesariamente forma parte de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que establece el artículo 1.101 Cc» (FD 3.º).

Esta sentencia introduce un matiz que la hace especialmente interesante. Considera que la *aestimatio rei* o valor de la prestación originaria de la obligación que ha devenido imposible no forma parte «necesariamente» de la indemnización de daños y perjuicios derivada del artículo 1.101 Cc. De la redacción de la sentencia puede deducirse que existen supuestos en los que el cumplimiento

¹³ STS, 1.ª, 23.3.2007 (Pte. Corbal Fernández; FD 5.º).

¹⁴ Estos argumentos que consideran como remedios distintos e independientes el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios pueden encontrarse asimismo en una reciente «jurisprudencia menor». Por citar algunas sentencias: SAP Orense, 1.ª, 22.4.2008 (Pte. Alañón Olmedo; FD 4.º), SAP Murcia, 5.ª, 30.10.2007 (Pte. Hervás Ortiz; FD 1.º) y SAP Cantabria, 4.º, 9.5.2007 (Pte. Helguera Martínez; FD 3.º).

por equivalente se integraría con el resto de partidas indemnizatorias. El problema es que el TS no entra a valorar los criterios mediante los cuales la indemnización puede tener encaje en el precepto señalado.

3.2.3 SUPUESTO ESPECÍFICO DE CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia es un supuesto excepcional respecto de los planteados en epígrafes anteriores. En este caso, no se trata del incumplimiento contractual derivado de la imposibilidad de realizar la prestación pactada sino, por el contrario, de llevar a término un mandato judicial.

Al igual que en el caso del incumplimiento contractual derivado de la imposibilidad de llevar a cabo la prestación debida, el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia no es más que una mera indemnización de daños y perjuicios (aunque la jurisprudencia tampoco lo ha defendido así de forma unánime). Sin embargo, existe una diferencia esencial entre ambos supuestos que hacen necesaria una nítida distinción: en el caso de la ejecución de sentencia existen normas procesales que permiten la aplicación de un régimen indemnizatorio especial, esto es, al margen de los requisitos dictados por el Código civil.

Así se desprende del artículo 18.2 LOPJ al establecer que «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno»¹⁵. Por tanto, si la ejecución «in natura» de la sentencia deviene imposible el juez podría fijar «en todo caso» la indemnización necesaria para resarcir el daño derivado de la falta de ejecución. No sería necesaria en este caso la equiparación de dicha indemnización con el cumplimiento por equivalente para eludir los requisitos del artículo 1.101 Cc, porque no sería este precepto el fundamento de la indemnización sino la norma procesal citada¹⁶.

¹⁵ En términos similares se pronuncia el artículo 706 LEC aunque para los supuestos de obligaciones de hacer derivados de un título ejecutivo: «Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios».

¹⁶ La SAP Murcia, 5.⁴, 30.10.2007 (Pte. Hervás Ortiz) parece confundir el cumplimiento por equivalente entendido como *perpetuatio obligationis* con el derivado de la ejecución de sentencia. Así puede deducirse de la siguiente afirmación: «la imposibilidad material de cumplirlos [los contratos] puede dar lugar, en su caso y si procediere, a

Además, la indemnización sustitutiva derivada de la imposibilidad de ejecutar una sentencia en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 CE. Así se pone de manifiesto en la STC, 1.^a, 15.12.1998 (Pte. García Manzano), en cuyo FD 2.^º puede leerse lo que sigue:

«ese derecho fundamental (a la ejecución de la sentencia “en sus propios términos”) lo es al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, a la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la imposición forzosa a la parte recurrente del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada (STC 205/1987). Y, asimismo, que ... este Tribunal ha venido considerando también como cumplimiento “en sus propios términos”, el cumplimiento por equivalente cuando así venga establecido por la ley “por razones atendibles”»¹⁷.

La jurisprudencia ha seguido esta doctrina constitucional. El problema es que, en ocasiones, ha considerado que la aplicación

un cumplimiento por equivalente impuesto judicialmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o a la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código civil y demás preceptos concordantes» (FD 1.^º). En cualquier caso, en esta sentencia se parte de la distinción entre el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 Cc, al hacer suyos los argumentos de la STS, 1.^a, 26.12.2006 (Pte. Montés Penadés), que es citada en el FD 1.^º.

En la STS, 1.^a, 28.11.1994 (Pte. González Poveda) también se considera como indemnización de daños y perjuicios la imposibilidad de ejecución «*in natura*» de una sentencia judicial: «el demandado no va a poder dar cumplimiento a las obligaciones a que se le condena [entrega de la finca vendida al comprador y otorgamiento a favor del mismo de la escritura pública] por cuanto, con posterioridad a la celebración del contrato litigioso, ha vendido la finca a una tercera persona, ante cuyo supuesto de imposibilidad de cumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios viene impuesta por ministerio de la ley». En la STS, 1.^a, 12.6.1991 (Pte. Marina Martínez-Pardo) se sostiene la misma idea: «La solución de indemnizar cuando no pueda devolverse la cosa encaja también en la súplica de daños y perjuicios» (FD 1.^º).

¹⁷ A continuación se citan dos sentencias que han seguido esta doctrina constitucional: STS, 1.^a, 8.6.2007 (Pte. Villagómez Rodil): «lo que se trata es de dar cumplimiento a una sentencia firme que constituye Ley para las partes y para los que de modo voluntario han ocupado su posición [...] pues de no entenderlo así la sentencia, al no poderse ejecutar, resultaría vacía de todo su contenido y prácticamente inútil» (FD 2.^º), STS, 1.^a, 27.5.2003 (Pte. Romero Lorenzo): «[No es incongruente la sentencia] en que respaldándose la sustancia de lo pedido, se transforma el cumplimiento por equivalencia, ante la muy probable eventualidad de su imposible ejecución literal, por razones objetivas debidamente constatadas» (FD 3.^º).

También algunos autos de diversas Audiencias Provinciales han dado cuenta de esta posibilidad: AAP Vizcaya, 3.^a, 14.11.2007 (Pte. Keller Echevarría): «[El derecho a la ejecución de sentencias] garantiza el cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen [...], todo ello sin perjuicio de admitir también que, cuando la ley lo permita y siempre que existan “razones atendibles”, pueda sustituirse el cumplimiento “en sus propios términos” por el cumplimiento por equivalente (por todas STC 240/1998)» (FD 3.^º), AAP Barcelona, 17.^a, 14.9.2007 (Pte. Sambola Cabrer; FD 2.^º), AAP Castellón, 17.^a, 30.7.2007 (Pte. Garrido Sancho; FD 2.^º) y AAP Burgos, 2.^a, 5.7.2007 (Pte. Carreras Marañá; FD 1.^º).

del cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia genera el riesgo de incurrir en incongruencia procesal.

En su STS, 1.^a, 16.3.1995 (Pte. Villagómez Rodil) el Tribunal Supremo aplicó el cumplimiento por equivalente ante la imposibilidad de ejecutar una sentencia judicial en sus propios términos. En este caso no se considera el cumplimiento por equivalente como un remedio distinto de la indemnización de daños y perjuicios sino que el problema se encuentra precisamente en la naturaleza indemnizatoria del remedio. La posibilidad de ejecutar una indemnización de daños y perjuicios contra quien fue condenado a transmitir una cosa plantea el riesgo de incongruencia procesal. Para evitarla el TS justifica la aplicación del cumplimiento por equivalente recordando que el demandante había solicitado la indemnización de daños y perjuicios en el suplico de la demanda, razón por la cual la transformación de la condena al demandado en una indemnización de daños y perjuicios no podía ser calificada de incongruente. En concreto, en la citada sentencia se sostiene lo siguiente:

«si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible, se transforma en cumplimiento por equivalente, solución que no significa incurrir en incongruencia por tratarse de decisión que posibilita la ejecución del fallo, lo integra y se acomoda sustancialmente a lo pedido, de acuerdo con las normas legales, [...] cuando se comprende en el suplico de la demanda, la petición genérica de daños y perjuicios (STS 12.6.1991)» (FD 3.^º *in fine*).

En la STS, 1.^a, 20.10.2006 (Pte. Villagómez Rodil), el Alto Tribunal se plantea nuevamente el riesgo de incurrir en incongruencia procesal al transformar la condena al demandado en una indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en este caso no puede justificar la aplicación del cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia del mismo modo que en el caso anterior. Por este motivo, el TS en esta sentencia acude al argumento de la separación de remedios afirmando que, en realidad, la ejecución de la sentencia por equivalente es algo distinto de la indemnización de daños y perjuicios. Evitando esta denominación parece desaparecer el riesgo de incongruencia, aunque el resultado es idéntico: la transformación de la condena en su equivalente pecuniario. En realidad, no habría sido necesario separar ambos remedios en la medida en que la indemnización en estos casos no se funda en el artículo 1.101 Cc sino en la LEC que permite al juez fijar una indemnización derivada directamente de la imposibilidad de ejecución «*in natura*» de la sentencia.

Expondré brevemente los hechos de esta interesante sentencia:

El 31 de enero de 1997, el JPI dictó sentencia en la que estimo íntegramente la demanda interpuesta por J. A. declaró nulas de pleno derecho todas las actuaciones procesales derivadas de un procedimiento de juicio ejecutivo en la que se realizó la venta judicial de una serie de fincas registrales y condenó a los demandados a estar y pasar por la mencionada declaración y a reponer al demandante en la titularidad dominical de las fincas. A pesar de que esta sentencia devino firme su cumplimiento resultó imposible dado que las fincas habían sido adjudicadas a terceros de buena fe protegidos por la fe pública registral.

Tras varios recursos interpuestos por las partes frente a diversas resoluciones de la AP, ésta dictó el auto de 4 de octubre de 1999 por medio del cual se reconoció el derecho del actor a «percibir una indemnización por daños y perjuicios por privación de la posesión de los locales litigiosos». Frente a este auto los demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando su indefensión dado que en la sentencia del JPI de 31 de enero de 1997 el actor no había solicitado la indemnización de daños y perjuicios y ésta, sin embargo, fue acordada en ejecución de sentencia.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo no parece aceptar la aplicación del cumplimiento por equivalente entendida como indemnización de daños y perjuicios por la posible incongruencia procesal derivada de tal transformación¹⁸. En este sentido, el TS no considera acertada la decisión de la AP al sustituir la condena por la citada indemnización:

«no es acertada la decisión de la Sala sentenciadora que incorpora a la parte dispositiva del auto en recurso [de 4.10.1999] el derecho del actor a percibir una indemnización de daños y perjuicios por privación de los locales litigiosos» [FD A] 1.º].

Desterrada la posibilidad de exigir a los demandados una indemnización de daños y perjuicios (para no caer en una supuesta incongruencia procesal) y ante la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, el Tribunal decide acudir al denominado «cumplimiento por equivalente» no entendido como pretensión indemnizatoria sino como un «medio sustitutivo» de ejecución de la sentencia. En la misma sentencia, el Tribunal Supremo concluye lo que sigue:

¹⁸ También M. Yzquierdo Tolsada afirma que «si se pide cumplimiento y se concede indemnización la sentencia es incongruente». YZQUIERDO TOLSADA (2001) p. 122. Algo similar sostiene A. Carrasco Perera en relación a un contrato de obra: «resulta incongruente la sentencia que, requerida para condenar a la reparación y acomodación de obras según proyecto, condena a indemnizar los perjuicios». Este autor cita además la STS, 1.ª, 30.3.1975. CARRASCO PERERA (1989) p. 399.

«A lo que ha de atenderse, por tanto, es a la ejecución de la sentencia y proceder a su cumplimiento por equivalencia mediante sustitución, como queda dicho, traducido en un componente económico que no es precisamente ni representa efectiva indemnización de daños y perjuicios, ya que no se decretó culpa alguna de las demandadas que permitiera la aplicación del artículo 1.101 y concordantes del Código civil» [FD A] 1.º].

A mi juicio no habría sido necesaria la distinción que mantiene el TS en esta sentencia entre el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia y la indemnización de daños y perjuicios si se considera que en estos casos el fundamento de dicha pretensión indemnizatoria no se encuentra en el artículo 1.101 Cc sino en la LEC. Por ello no existiría riesgo de incongruencia a la hora de ejecutar la sentencia.

Así se aplicó en la STS, 1.ª, 16.3.1995 (Pte. Villagómez Rodil). En ella a pesar de que TS evita nuevamente denominar “indemnización” al cumplimiento por equivalente no se intenta justificar esta transformación ni en la solicitud de indemnización por parte del actor ni tampoco en una separación entre ambos remedios:

«Esta Sala ha afrontado la cuestión y en la STS 26.2.1991 y con mayor precisión en la STS 27.5.1994, que se apoya en la precedente de 4.11.1985, para declarar que si la obligación de trasmitir la cosa en forma específica no es posible, se transforma en cumplimiento por equivalente, solución que no significa incurrir en incongruencia por tratarse de decisión que posibilita la ejecución del fallo, lo integra y se acomoda sustancialmente a lo pedido, de acuerdo con las normas legales, al acogerse estados que son complementarios y se presentan necesarios para satisfacer las pretensiones justas que se acogen» (FD 3.º).

3.3 Conclusión

Existen algunas sentencias muy recientes del Tribunal Supremo en las cuales se ha considerado que el cumplimiento por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios son remedios autónomos y distintos. El problema de esta tesis es que se están manteniendo en estos casos dos regímenes indemnizatorios diferentes sin ningún fundamento jurídico sólido, teniendo en cuenta que el principio *perpetuatio obligationis* no es suficiente para construir un régimen indemnizatorio específico al margen del general recogido

en el Código civil. De ello se derivan además dos consecuencias importantes:

A. Se están estimando pretensiones indemnizatorias sin atender a la concurrencia de los requisitos imprescindibles para ello derivados del artículo 1.101 Cc.

B. Se está generando una gran inseguridad jurídica en perjuicio del deudor incumplidor porque en función de la naturaleza que se le atribuya al cumplimiento por equivalente se le exigirán o no los requisitos derivados del régimen general indemnizatorio regulado en el Código civil.

Además, dado que esta separación de remedios impide fundar el cumplimiento por equivalente en el artículo 1.101 Cc, el TS ha tenido que buscar su fundamento bien en las normas procesales que regulan el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia, bien en los artículos 1.096 Cc (para las obligaciones de dar) y 1.098 Cc (en los casos de obligaciones de hacer), a pesar de que estos artículos no regulan pretensiones indemnizatorias.

Por otra parte, en ocasiones se ha confundido el cumplimiento por equivalente entendido como remedio ante un incumplimiento contractual y aquel que entra en juego cuando resulta imposible la ejecución «in natura» de una sentencia judicial. Este último se funda en la LEC por lo que constituye un régimen indemnizatorio especial que opera al margen del general contenido en el Código civil. A pesar de ello, su calificación como indemnización de daños y perjuicios a veces ha planteado supuestos riesgos de incongruencia procesal que han llevado nuevamente al TS a separarlo del remedio indemnizatorio.

4. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE

4.1 Objeto del epígrafe

Analizaré los requisitos que la jurisprudencia ha destacado como necesarios para la aplicación del denominado «cumplimiento por equivalente» cuando la prestación específica de la obligación ha devenido imposible. Ello me permitirá: (i) comparar esos requisitos con los necesarios para la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 Cc, y (ii) dilucidar si realmente las condiciones de aplicación de ambos remedios son tan distintas.

4.2 Imposibilidad de la prestación específica

4.2.1 SUBSIDIARIEDAD

La doctrina¹⁹ y la jurisprudencia²⁰ han señalado reiteradamente que el cumplimiento por equivalente es subsidiario del específico.

Para aplicar el cumplimiento por equivalente es requisito necesario acreditar la imposibilidad de realizar la prestación específica debida. En la STS, 1.^a, 21.11.1990 (Pte. Casares Córdoba) puede leerse:

«lo que se pide es la [pretensión] del cumplimiento del artículo 1.091 del Código, [...] y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia [...] al que, en principio ha de atribuirse carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento “in natura” –STS 12.11.1976 y 3.7.1989–» (FD 5.^º).

También la STS, 1.^a; 28.12.2000 (Pte. Villagómez Rodil) se refiere a este requisito de la pretensión. En ella, se plantea el supuesto de la imposibilidad de transmitir una vivienda en el ámbito de una promesa de compraventa:

«Ante la imposibilidad material de que el demandado realizase la cesión de vivienda prometida en el edificio que iba a construir, se acude a la solución indemnizatoria de cumplimiento por equivalencia [...]. Esta Sala ha declarado que procede cuando la obligación de transmitir la cosa de forma específica no resulta posible (STS de 4.11.1985, 27.5.1994, 16.3.1995, 4.12.1995 y 2.7.1998,

¹⁹ Por todos: CARRASCO PERERA (1989) p. 400; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2002) p. 209; LLAMAS POMBO (1999) pp. 249-250; OSSORIO MORALES/OSSORIO SERRANO (2004) pp. 141-142; PANTALEÓN (1991) p. 1.053; PINTÓ RUIZ (1958) p. 205 e YZQUIERDO TOLSADA (2001) p. 119.

²⁰ Por citar algunas: STS, 1.^a, 20.5.2008 (Pte. García Varela; FD 1.^º), STSJ Navarra, 1.^a, 6.10.2003 (Pte. Fernández Urzainqui; FD 5.^º), STSJ Navarra, 1.^a, 24.6.2003 (Pte. Fernández Urzainqui; FD 3.^º punto B), STS, 1.^a, 28.12.2000 (Pte. Villagómez Rodil; FD 2.^º), STS, 1.^a, 16.3.1995 (Pte. Villagómez Rodil; FD 3.^º), STS, 1.^a, 27.2.1995 (Pte. Villagómez Rodil; FD 1.^º del recurso de la promotora), STS, 1.^a, 25.1.1993 (Pte. Almagro Nosete; FD 2.^º), STS, 1.^a, 16.7.1992 (Pte. Malpica González-Elipe; FD 5.^º), STS, 1.^a, 12.12.1990 (Pte. González Poveda; FD 2.^º), STS, 1.^a, 21.11.1990 (Pte. Casares Córdoba; FD 5.^º), STS, 1.^a, 27.10.1987 (Pte. Barcalá Trillo-Figueroa; FD 5.^º) y STS, 1.^a, 21.10.1987 (Pte. Barcalá Trillo-Figueroa; FD 2.^º).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor: SAP Castellón, 1.^a, 27.2.2007 (Pte. De Diego González; FD 3.^º), SAP La Coruña, 5.^a, 29.9.2006 (Pte. Busto Lago; FD 3.^º), SAP Burgos, 3.^a, 14.12.2005 (Pte. Villamar San Salvador; FD 4.^º), SAP Las Palmas, 5.^a, 4.6.2003 (Pte. Manrique de Lara Morales; FD 1.^º), SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 12.5.2003 (Pte. Moscoso Torres; FD 2.^º), SAP Barcelona, 15.^a, 24.3.2003 (Pte. Garrido Espá; FD 4.^º), SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 13.1.2003 (Pte. Moscoso Torres; FD 4.^º), SAP Islas Baleares, 5.^a, 25.7.2000 (Pte. Cabrer Barbosa; FD 1.^º), SAP Granada, 3.^a, 2.5.2000 (Pte. Albiez Dorfmann; FD 1.^º), SAP Sevilla, 5.^a, 15.10.1997 (Pte. Gallardo Correa; FD 4.^º). En esta última sentencia, tras recordar el carácter subsidiario del cumplimiento por equivalencia, se añade que «excepcionalmente» podría acudirse directamente a la indemnización cuando concurran «especiales circunstancias» (FD 4.^º).

entre otras) resultando aplicable al supuesto de promesa de venta para el caso de que el contrato proyectado no se pueda cumplir por quien se comprometió a ello (STS de 2.2.1959, 26.3.1965, 24.12.1992, 28.11.1994 y 28.6.1996)» (FD 2.^o *in fine*).

La subsidiariedad es un requisito específico del cumplimiento por equivalente, esto es, no se aplica a toda indemnización de daños y perjuicios. No es difícil imaginar supuestos en los que aun habiéndose cumplido la prestación originaria el acreedor estaría legitimado a solicitar una indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, esta peculiaridad del cumplimiento por equivalente no sirve para dotarle de un régimen distinto del general contenido en el Código civil.

Como cada partida indemnizatoria, el cumplimiento por equivalente tiene sus peculiaridades, en este caso, la subsidiariedad, que deriva de su propia naturaleza sustitutiva respecto del cumplimiento específico de la obligación. A pesar de ello, en algunos supuestos de obligaciones de hacer, el incumplimiento de la prestación debida permite acudir al cumplimiento por equivalente cuando la prestación primitiva resulta especialmente difícil o gravosa para el deudor, esto es, aun no siendo imposible el cumplimiento *«in natura»*. Esta excepción a la regla de la subsidiariedad la examinaré con más detalle en el epígrafe siguiente, aunque conviene comenzar por el estudio del propio concepto de imposibilidad.

4.2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA IMPOSIBILIDAD

Son fundamentalmente las siguientes:

A. Debe tratarse de una imposibilidad objetiva, esto es, para acudir al cumplimiento por equivalente no basta la negativa o incapacidad subjetiva del deudor para realizar la prestación específica debida, pues de ser así, quedaría en manos del deudor la posibilidad de optar entre realizar la prestación debida o su equivalente pecuniario²¹.

A pesar de lo expuesto, existen algunas sentencias relativas a la responsabilidad derivada de vicios en la construcción en las cuales se acude a la solución indemnizatoria aun no siendo imposible la prestación originaria. En la STS, 1.^a, 13.7.2005 (Pte. desconocido)²²,

²¹ OSSORIO MORALES/OSSORIO SERRANO (2004) pp. 141-142. No parece entenderlo así Yzquierdo Tolsada al afirmar que: «el deudor debe cumplir *in natura*, pero si no lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente». YZQUIERDO TOLSADA (2001) p. 119.

²² En esta sentencia, relativa a la responsabilidad derivada de defectos constructivos, se menciona la pretensión indemnizatoria sustitutiva del cumplimiento *«in natura»* aunque no se denomina expresamente «cumplimiento por equivalente». Tampoco se determina con claridad si tal indemnización es distinta de la derivada del artículo 1.101 Cc.

se califica la pretensión indemnizatoria de excepción a la regla general del artículo 1.098 Cc y se añade que para su estimación ha de exigirse:

«a) que el demandante haya requerido por cualquier medio [...] la realización de las reparaciones exigidas [...]; b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente [...], y c) que el demandante prefiera la indemnización dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales» (FD 3.^o).

En la STS, 1.^a, 12.12.1990 (Pte. González Poveda), también relativa a responsabilidad derivada de vicios en la construcción, se equipara la imposibilidad de la prestación originaria y la falta de cumplimiento por parte del deudor. En ambos casos entraría en juego el cumplimiento por equivalencia (FD 2.^o)²³.

B. Tampoco puede calificarse de imposible (en el sentido de aplicar el cumplimiento por equivalente), aquella prestación que no pueda ser realizada «*in natura*», debido a la actitud del propio acreedor²⁴. Este fue el caso que resolvió la SAP Vizcaya, 4.^a, 12.5.2005 (Pte. Castresana García), en la que se sostiene lo siguiente:

«La acción de responsabilidad contractual es denegada por la Juzgadora de Instancia, porque no puede concederse indemnización o “cumplimiento por equivalente” cuando la propia demandante [acreedora] ha impedido la reparación “*in natura*”» (FD 3.^o).

C. La imposibilidad puede ser física o jurídica²⁵. Así lo determinan algunas sentencias que se han referido a la ejecución sustitu-

²³ En la SAP Castellón, 1.^a, 27.2.2007 (Pte. De Diego González; FD 3.^o) se afirma que una vez solicitada sin éxito la reparación de los defectos constructivos, el perjudicado puede acudir al cumplimiento por equivalente.

²⁴ En contra: Delgado Echeverría que permite acudir al cumplimiento por equivalente cuando el cumplimiento de la prestación específica no es viable por voluntad del acreedor. Sus palabras son las siguientes: «no siendo viable el cumplimiento «*in natura*», sea por imposibilidad de prestar o por voluntad del acreedor, [...] en unos casos se extingue la obligación, y en otros la transforma en la de entregar un equivalente pecuniario de la prestación fallida». DELGADO ECHEVERRÍA (2000) p. 165.

²⁵ Así lo entiende la mayoría de la doctrina. PANTALEÓN (1991) p. 1.046. Montés Penadés también se refiere a la imposibilidad de obtener la prestación específica por razones «físicas o jurídicas (incoercibilidad del *facere*)». LÓPEZ Y LÓPEZ/MONTÉS PENADÉS/ROCA I TRIAS *et. al.* (2001) p. 161. Por su parte, Rogel Vide se refiere a la imposibilidad material o legal en relación al incumplimiento definitivo de la obligación. ROGEL VIDÉ (2007) p. 72.

toria de la prestación específica. La SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 24.2.2003 (Pte. Moscoso Torres) es un ejemplo²⁶:

«si lo decidido es material o jurídicamente imposible de ejecutar, el propio ordenamiento arbitra remedios a esa situación que habrá de adoptarse en la misma ejecución, mediante el cumplimiento por equivalente o la indemnización de perjuicios exigibles al demandado en la extensión que sea procedente» (FD 3.^o).

En el ATS, 3.^a, 13.6.1988 (Pte. Bruguera Manté), se mantiene la misma idea aunque referida al cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia:

«La ejecución por sustitución de la prestación debida por otra que se reputa equivalente únicamente cabe cuando la ejecución de la primera es absolutamente imposible física o legalmente» (FD 6.^o)²⁷.

D. ¿Es necesario que la imposibilidad de realizar la prestación específica sea total, o cabría el cumplimiento por equivalente respecto de aquella parte de la prestación que hubiera devenido imposible? Si se trata de prestaciones divisibles y una de ellas deviene totalmente imposible, este requisito se entendería cumplido para esa parte, esto es, el deudor podría solicitar el cumplimiento por equivalente de dicha prestación divisible. Sin embargo, si se trata de una única prestación o, existiendo varias fueran indivisibles, la posibilidad de un cumplimiento por equivalente parcial no resultaría posible. Esta es la idea que parece expresar el Tribunal Supremo en su STS, 1.^a, 27.2.1995 (Pte. Villagómez Rodil), cuando se refiere a una prestación «totalmente difícil»:

«Tampoco es factible contemplar supuesto de cumplimiento por equivalencia (SSTS 4.11.1985 y 27.5.1994), que sólo tiene lugar cuando la prestación interesada no es posible llevarla a cabo o se hace totalmente difícil, que en todo caso es exigente en orden al respeto sustancial de lo peticionado» (FD 1.^o del recurso de la promotora).

En realidad esta discusión pone de manifiesto la arbitrariedad que subyace a la idea de dotar al cumplimiento por equivalente y a la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 Cc de

²⁶ Igualmente: SAP Cantabria, 4.^a, 9.5.2007 (Pte. Helguera Martínez; FD 2.^o) y SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 12.5.2003 (Pte. Moscoso Torres; FD 2.^o).

²⁷ En el FD 10.^o del auto citado [ATS, 3.^a, 13.6.1988 (Pte. Bruguera Manté)] el TS insiste: «Los tribunales no pueden amparar ejecuciones sustitutorias, por equivalente y aun mejores que puedan parecer estas últimas, pues la ejecución se ha de hacer en los términos de la sentencia, sin margen alguno de discrecionalidad judicial, salvo el caso de imposibilidad material o legal, que es cuando puede abrirse paso la prestación sustitutoria». En el mismo sentido: ATS, 3.^a, 21.3.1988 (Pte. Bruguera Manté; FD 2.^o y 3.^o).

regímenes jurídicos distintos. Resulta difícilmente justificable que si la prestación (indivisible) ha devenido totalmente imposible (o, en algunos casos, de difícil ejecución) nazca de inmediato una indemnización resarcitoria para el acreedor, mientras que si la prestación resulta sólo parcialmente imposible o es defectuosa, al perjudicado se le exijan los requisitos necesarios en toda pretensión indemnizatoria.

E. La última sentencia citada, como puede observarse, permite además acudir al cumplimiento por equivalente en aquellos casos en los que la prestación específica «se hace totalmente dificultosa». La pregunta es la siguiente: ¿Podría equipararse esa imposibilidad a una posible dificultad extraordinaria, a los efectos de transformar el cumplimiento «*in natura*» en su equivalente?

La *causa difficultatis* tiene lugar cuando la prestación debida resulta extraordinariamente difícil de realizar o especialmente gravosa para el deudor. En tales casos, el deudor no estaría obligado a realizar la prestación específica pactada y, por consiguiente, sería posible que el acreedor acudiera al cumplimiento por equivalente²⁸. También alguna sentencia parece haber aceptado esta equiparación²⁹.

F. En alguna ocasión, a los efectos de aplicar el cumplimiento por equivalente, se ha asimilado la falta de utilidad de la prestación específica para el acreedor con la imposibilidad de solicitar la misma³⁰. Este fue el caso de la STS, 1.^a, 23.3.2007 (Pte. Corbal Fernández). Su tenor literal es el siguiente:

«Para la aplicación del cumplimiento por equivalencia basta que no sea posible el cumplimiento “*in natura*”, o no sea ya útil al acreedor» (FD 5.^º).

²⁸ F. Pantaleón afirma que «el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión [de cumplimiento] cuando, conforme a la buena fe (art. 7.1 Cc), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la "excesiva onerosidad de la prestación [...], o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios». PANTALEÓN (1991) p. 1.046. Por su parte, M. Albaladejo defiende explícitamente la equiparación entre imposibilidad y extraordinaria dificultad. ALBALADEJO (2002) pp. 302-304. La misma tesis en FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ (1996) p. 19.

²⁹ STS, 1.^a, 27.10.1987 (Pte. Barcalá Trillo-Figueroa; FD 5.^º). En esta sentencia, el TS resolvió un recurso de casación relativo a la subsanación de vicios en la construcción de un edificio. Entre otros pedimentos, los actores exigieron la colocación de ladrillos caravista en uno de los patios interiores del edificio tal y como se recogía en la memoria de calidades. Como ya habían sido colocados otros ladrillos distintos, el Alto Tribunal afirmó que, ante la dificultad de sustituirlos, procedía la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a los actores, confirmando así la sentencia de la AP.

³⁰ Llamas Pombo afirma que «la hipótesis naturalmente apropiada para el funcionamiento de la prestación del equivalente pecuniario se configura, alternativamente, por dos circunstancias sustantivas: la imposibilidad o la inidoneidad de la prestación originaria». LLAMAS POMBO (1999) p. 315.

4.3 Conclusión

La imposibilidad necesaria para transformar la pretensión específica en su equivalente ha de ser física o jurídica, objetiva, total y no ha de ser imputable al acreedor. A estos efectos, se podría asimilar a dicha imposibilidad (atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto), aquella prestación que resulte especial y extraordinariamente gravosa o desproporcionada para el deudor, o aquella prestación que, en el momento de llevarse a cabo, no fuese ya objetivamente útil para el acreedor.

Sin embargo estas condiciones exigidas por la jurisprudencia para la aplicación del «cumplimiento por equivalente» ponen de manifiesto que la *aestimatio rei* no es sino una partida más de las distintas que pueden llegar a formar, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios. No es que existan requisitos distintos para la aplicación de cada uno de los remedios, sino que la transformación de la prestación debida en indemnización resarcitoria exige la concurrencia de los requisitos examinados que, como es lógico, no coinciden con los propios de otras partidas indemnizatorias derivadas de otro tipo de incumplimientos contractuales. En cualquier caso, ello no justifica en absoluto la autonomía o independencia de ambos remedios.

5. VALORACIÓN DEL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE

5.1 Introducción

El montante de la *aestimatio rei* debe ser fijado, sin duda, a partir del valor de la prestación específica acordada por las partes contratantes. Sin embargo, puede variar en función del valor exacto que se otorgue a la prestación «*in natura*» y, también, en función del momento tomado para fijarlo. La determinación del montante dependerá, además, del tipo de obligación de que se trate. No se puede valorar igual una prestación derivada de una obligación de hacer (por ejemplo los defectos existentes en las tareas realizadas en el seno de un contrato de arrendamiento de obra), que otra consistente en la entrega de una cosa (por ejemplo, la obligación de dar de un vendedor en el ámbito de un contrato de compraventa).

Los problemas derivados de la valoración de la prestación específica suelen surgir de las obligaciones de dar, dado el posible incremento que la cosa debida puede experimentar en el

período que va desde el perfeccionamiento de la obligación hasta su verdadera ejecución. En el caso de las obligaciones de hacer (son muy comunes en la jurisprudencia los supuestos de incumplimiento en los contratos de obra³¹), la valoración de la prestación específica resulta quizá menos problemática. Por este motivo, me centraré en el examen de los criterios utilizados por la jurisprudencia para valorar la prestación específica en las obligaciones de dar.

5.2 Criterios jurisprudenciales para la determinación del montante

5.2.1 SUMA «AD VALOREM»

Si el valor del equivalente pecuniario fuera el que la prestación tenía en el momento en que las partes quedaron obligadas, el posible incremento del valor de la cosa debida con posterioridad supondría un enriquecimiento injusto por parte del deudor.

A pesar de ello, este fue el criterio utilizado en la ya citada STS, 1.^a, 30.12.1991 (Pte. Almagro Nosete), en la cual, se indica que el valor de la *aestimatio rei* debe ser el de la prestación específica, sin posibilidad de aplicar ninguna de las cláusulas que las partes habían acordado expresamente en el contrato de permuta, para los supuestos de posible incumplimiento del mismo:

«la indemnización sustitutoria en cuanto restitutoria y resarcitoria debe consistir, en este caso, según establece la sentencia en una suma “*ad valorem*” que equivalga económicamente a la prestación “*in natura*” que hubo de hacerse, sin que, por ello, quepa, hacer una extrapolación de los módulos económicos fijados, contractualmente, con referencia a un evento concreto que se establece para resolver incidencias posibles en el trámite de la ejecución contractual, pero que tiene, como norte causal, el efectivo cumplimiento específico del convenio» (FD 3.^º).

Idéntico criterio fue aplicado en la SAP Santa Cruz de Tenerife, 3.^a, 23.9.2000 (Pte. Navarro Miranda), en la que se insiste sobre este criterio a la hora de fijar el valor de la *aestimatio rei*:

³¹ La valoración del cumplimiento por equivalente en los contratos de obra se realiza a partir de las reparaciones necesarias para entender cumplido el contrato. Por todas: SAP Zaragoza, 4.^a, 28.11.2000 (Pte. Seoane Prado; FD 6.^º), STS, 1.^a, 12.12.1990 (Pte. González Poveda; FD 2.^º), STS, 1.^a, 21.11.1990 (Pte. Casares Córdoba; FD 5.^º), (aunque en estas dos últimas sentencias no se condenó a los demandados al cumplimiento por equivalente sino a la prestación “*in natura*” –reparación de los desperfectos en un edificio– dado el carácter subsidiario de aquél), STS, 1.^a, 20.2.1989 (Pte. González Poveda; FD 3.^º) y STS, 1.^a, 21.10.1987 (Pte. Barcalá Trillo-Figueroa; FD 2.^º).

«la indemnización sustitutoria en cuanto restitutoria y resarcitoria debe consistir, en este caso, en una suma “*ad valorem*” que equivalgan económicamente a la prestación “*in natura*” que hubo de hacerse»³² (FD 2.º).

Considero que este criterio tiene sentido únicamente, en la medida en que se incluya el incremento del valor del equivalente pecuniario en el «*id quod interest*», entendido como conjunto de los daños resarcibles derivados del incumplimiento.

Como explica Morales Moreno, el BGB parte de dos principios esenciales en materia indemnizatoria, a saber, el de la indemnización integral del daño y el de la reparación «*in natura*». Añade este autor que ambos están formulados en el parágrafo 249 I BGB que recoge la hipótesis de la diferencia. De acuerdo con esta hipótesis la determinación del daño exige comparar dos situaciones: a) la que deriva del hecho del que surge el deber de indemnizar y b) la que hubiera existido de no haberse producido tal hecho. El daño se considera precisamente la diferencia entre una y otra situación³³.

De no incluirse en el montante indemnizatorio ese incremento del valor derivado de la hipótesis de la diferencia no existiría equivalencia entre la *aestimatio rei* calculada mediante este criterio y el beneficio que el cumplimiento «*in natura*» de la prestación originaria habría proporcionado al acreedor.

Un ejemplo reciente de este criterio puede encontrarse en la STS, 1.ª, 10.3.2009 (Pte. Xiol Ríos). En ella se vuelve a separar el cumplimiento por equivalente del resto de partidas indemnizatorias, aunque el TS plantea ya la necesidad de actualizar de algún modo ese valor. Por un lado, se defiende que el valor de la *aestimatio rei* debe ser aquel que la prestación originaria tenía en el momento en que las partes quedaron obligadas (suma «*ad valorem*»). Por otro lado, el Tribunal sostiene la necesidad de actualizar ese valor aunque califica el incremento como un resarcimiento de daños y perjuicios incluido en el régimen general indemnizatorio del Código civil.

Por tanto, la *aestimatio rei* habría de concederse por el mero incumplimiento contractual mientras que la posible actualización de la suma «*ad valorem*» exigiría la concurrencia de los requisitos

³² El mismo criterio en la SAP Madrid, 13.ª, 29.6.2004 (Pte. Zarco Olivo; FD 5.º) y en la SAP Zaragoza, 4.ª, 14.12.2006 (Pte. Roberto García Martínez; FD 4.º).

³³ MORALES MORENO (2010) p. 146. También en DELGADO ECHEVERRÍA (2000) p. 165. En la STS, 1.ª, 13.7.2005 (Pte. desconocido; FD 5.º) se afirma que «el artículo 1.591 Cc tiene como finalidad, al igual que toda acción indemnizatoria o reparadora, la de restaurar el patrimonio del perjudicado a su situación anterior al daño, eliminando la causa productora del mismo».

derivados del artículo 1.101 Cc. Reproduzco a continuación el tenor literal de esta idea en la sentencia:

«El valor que ha de tenerse en cuenta para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia es, según se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producirse dicho cumplimiento (*aestimatio rei* o precio o valoración de la cosa). Ahora bien, el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados, este sí ligado a la aplicación del artículo 1.101 Cc (y, por consiguiente, a la concurrencia del algún género de dolo o culpa por parte del deudor en el incumplimiento, como es el caso), exige que para determinar los perjuicios sufridos por la imposibilidad de adjudicarse los inmuebles en las condiciones pactadas se tengan en cuenta, entre otros posibles factores, los cambios de valor producidos hasta la fecha en que se satisfaga la indemnización» (FD 3.º).

5.2.2 ACTUALIZACIÓN DEL IMPORTE DE LA DEUDA

Como he advertido, la fijación del montante como mero valor de la prestación en el momento de quedar perfeccionada la obligación tiene el inconveniente de que el deudor podría beneficiarse (con el consiguiente perjuicio para el acreedor) de un posible incremento del valor de la cosa, producido con posterioridad al perfeccionamiento. Para evitarlo, algunas sentencias han fijado la *aestimatio rei* en la cantidad adeudada (prestación específica), pero actualizada con el incremento de los oportunos intereses.

Un ejemplo: STS, 1.^a, 27.12.2007 (Pte. Salas Carceller):

«no se trata aquí de establecer un interés de carácter moratorio, sino de procurar la actualización del importe de una deuda de carácter indemnizatorio que, por tanto, participa de la naturaleza de las deudas de valor; supuesto en el que una de las formas para lograr el equilibrio en orden a salvar el principio de indemnidad es la actualización de la cantidad adeudada mediante la aplicación a la misma de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios) desde la fecha en que el daño se produjo, aunque la determinación de dicha cantidad haya tenido lugar en el proceso y por tanto no existiera deuda líquida con anterioridad a su fijación en la sentencia (SSTS 16.12.2004, 3.4.2006 y 3.10.2006, entre otras» (FD 7.º).

Se aplican igualmente los intereses legales como criterio de actualización en la STS, 1.^a, 27.5.1994 (Pte. Fernández-Cid de Temes), cuyo tenor literal es el siguiente:

«no cabe la restitución “in natura”, pidiéndose “el equivalente del valor de los bienes que se determinarán en ejecución de sentencia”, lo que la obliga a sentar que “en punto a determinar el equivalente interesado, inspirada evidentemente en los artículos 1.303 y 1.307 Cc, estima que no pude encontrarse mejor equivalente que el precio convenido de treinta y dos millones de pesetas, con los intereses legales desde la fecha del contrato”, como criterio que mejor se ajusta a la exteriorizada voluntad de las partes contratantes» (FD 2.^º)³⁴.

Especialmente interesante resulta lo dispuesto en la STS, 1.^a, 30.1.1997 (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez). Merece la pena detenerse en los hechos de esta sentencia para analizar después la decisión del Tribunal Supremo en relación a la valoración de la *aestimatio rei*.

Don Alfredo G. R (vendedor) y don José M. C. (comprador) celebraron un contrato de compraventa cuyo objeto fueron dos locales comerciales. Don José M. C. pagó parte del precio al vendedor, quedando pendiente un total de 19.000.000 de pesetas como resto del precio. Ante el incumplimiento del vendedor en la entrega de los locales, don José M. C. interpuso una demanda frente a la otra parte contratante solicitando el cumplimiento «in natura» de dicha obligación de entrega. Finalmente, el Tribunal Supremo condenó al vendedor, entre otras cosas, al otorgamiento de la escritura pública de los locales objeto de la venta, contra el pago del resto del precio que, como he señalado, ascendía a 19.000.000 de pesetas. La sentencia devino firme.

Dado que, en ese momento, el cumplimiento específico por parte del vendedor resultó objetivamente imposible, mediante el auto de la AP correspondiente se ordenó el cumplimiento por equivalencia que, en este caso, fue considerado como una parte de la indemnización de daños y perjuicios. En un nuevo auto se fijó la indemnización en 1.000.000 de pesetas, en concepto de daños, y en 38.000.000 de pesetas, en concepto de perjuicios.

Recurrido en apelación este último auto, el Tribunal Provincial sostuvo que para cuantificar los daños debía partirse del valor de los referidos locales que fue fijado en 79.700.000 pesetas, con independencia de que ese precio coincidiera con el acordado en el contrato de compraventa. La AP en el citado auto añade:

«hay que partir de no contemplar el descubierto como una deuda dineraria simple, sino como una deuda de valor teniendo que tenerse en cuenta las depreciaciones sufridas por la moneda; [...] en

³⁴ En la SAP Barcelona, 14.^a, 14.12.2006 (Pte. Pereda Gámez; FD 6.^º), puede leerse que «debe estarse al valor original (114.635,49 euros), más la compensación por retraso (los intereses legales desde la fecha del contrato hasta el efectivo pago). No es posible acogerse al precio actualizado (994.524 euros)». Este criterio es aplicado igualmente en la STS, 1.^a, 27.12.2007 (Pte. Salas Carceller; FD 1.^º y 5.^º).

consecuencia procede determinar el valor de los locales litigiosos en la suma citada de 79.700.000 pesetas que es la que por tanto habrá de abonar el señor G. R. en su calidad de vendedor al señor M. C. en su calidad de comprador, al resultar de imposible cumplimiento la ejecutoria en cuanto dispuso la entrega de los propios locales» [FD 1.^º de la STS, 1.^a, 30.1.1997 (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez)].

De esta cantidad (79.700.000 pesetas) había de descontarse el resto del precio que el comprador debía entregar al vendedor.

El problema surgió cuando la AP consideró que esta parte del precio (19.000.000 de pesetas) también debía ser actualizada a los efectos de ser descontada del montante señalado. Y este fue precisamente uno de los motivos por los cuales el comprador recurrió en casación este auto.

Este motivo aducido por el comprador, en contra de la actualización del resto del precio debido al vendedor, fue estimado por el Tribunal Supremo que no consideró adecuado actualizar el resto del precio por dos motivos fundamentalmente: (i) porque el comprador había cumplido su prestación (se había acordado el pago del precio de ese modo), y (ii) porque se trataba de una suma de dinero en la que los principios nominalistas habían de prevalecer sobre el «monetarismo actualizado».

Por tanto, al montante fijado como valor de los locales no entregados (79.700.000 pesetas), actualizado en el sentido señalado, debía restarse la parte del precio ya pagada al vendedor sin que procediese la actualización de este último (19.000.000 de pesetas)³⁵.

En conclusión, el inconveniente de la actualización de la *aestimatio rei* mediante la aplicación de los intereses legales es que podría no suponer una equiparación entre lo que el acreedor recibe como sustitutivo de la prestación originaria (equivalente pecuniario) y lo que habría obtenido de haberse cumplido «*in natura*» la prestación primitiva.

5.2.3 VALOR EN EL MOMENTO DE PRESENTAR LA DEMANDA

En otras ocasiones, la jurisprudencia ha atendido al valor que tenía la prestación específica en el momento de la presentación de

³⁵ Además, la STS, 1.^a, 30.1.1997 (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez), resulta especialmente novedosa en la medida en que se permite la moderación equitativa del montante del equivalente pecuniario de la prestación específica (FD 2.^º último párrafo). El motivo es que al tratarse, según la sentencia, de una responsabilidad derivada de la culpa o negligencia, procede la aplicación del artículo 1.103 Cc, lo que permitiría aplicar la equidad y moderar así el montante del equivalente pecuniario.

la demanda. Este fue el criterio seguido en la STS, 1.^a, 4.12.1995 (Pte. Morales Morales), en la que puede leerse lo siguiente:

«Como la expresada entrega no puede efectuarla la demandada, por haber pasado dichos apartamentos a ser propiedad de terceros adquirentes de buena fe, es evidente que debe acudirse al equivalente o sustitutivo pecuniario (“*id quod interest*”) de los referidos apartamentos (artículos 924 y 926.3.^o LEC) que, lógicamente, no puede ser otro que el valor que dichos apartamentos tenían al incoarse este proceso y no al que pudieran tener en la fecha, [...] en que la actora, en contra de su voluntad, fue desposeída de dichos apartamentos (30 de mayo de 1982) por los terceros adquirentes de los mismos» (FD 4.^o).

El ATS, 1.^a, 8.5.2007 (Pte. García Varela) aplica igualmente este criterio al afirmar que «debe estarse al cumplimiento por equivalente al valor de las citadas viviendas en el momento de presentación de la demanda [...]» (FD 3.^o)³⁶.

La deficiencia que presenta este criterio es que se fija el momento en el que debe ser calculado el valor del equivalente pecuniario, pero no el modo como debe calcularse. A pesar de ello, de la letra de las resoluciones examinadas parece deducirse que habría de tenerse en cuenta el precio que la cosa tendría en el momento de incoarse el procedimiento judicial en el que se reclama.

5.2.4 PRECIO DE MERCADO

El último de los criterios utilizados por la jurisprudencia para determinar el valor de la *aestimatio rei* es el precio de mercado de la prestación específica. El valor de mercado habrá de determinarse en el momento en que ha de cumplirse mediante el equivalente, lo que, generalmente, sucederá con la ejecución de la sentencia.

Este criterio fue aplicado en la reciente STS, 1.^a, 20.5.2008 (Pte. García Varela), en cuyo fallo puede leerse lo siguiente:

«tendrá lugar subsidiariamente el cumplimiento por equivalencia, y los demandados condenados deberán indemnizar a los actores en una cantidad semejante al precio de mercado de un local comercial de similares características al descrito en la escritura de compraventa a la fecha de individualización de la indemnización, lo cual se efectuará en la fase de ejecución de sentencia».

³⁶ En el AAP Barcelona, 17.^a, 14.9.2007 (Pte. Sambola Cabrer; FD 2.^o) se fija como criterio de valoración el momento en que los actores pudieron exigir la entrega en ejecución de sentencia, es decir, aquel en que pudieron presentar la demanda ejecutiva.

Es utilizado, igualmente, en la STS, 1.^a, 4.11.1985 (Pte. Beltrán de Heredia y Castaño):

«dada su condición de cumplimiento por equivalencia, [el montante de la indemnización] habrá de consistir en el valor en venta de un piso de análogas características de ubicación y superficie del piso segundo derecho de la casa número cuatro de la calle de San Pedro de Alcántara [objeto de la venta incumplida]» (FD 3.^º)³⁷.

Partiendo de que el objetivo de la *aestimatio rei* es el de cumplir una función de subrogado de la prestación específica originaria (se trata de sustituirla por su equivalente pecuniario), este criterio permite al acreedor reponer en su patrimonio el mismo valor que la prestación específica habría supuesto de haberse cumplido la obligación «*in natura*». La aplicación de cualquiera de los demás criterios no supondría una total equivalencia entre el cumplimiento de la prestación originaria y el montante del equivalente pecuniario por el que se sustituye³⁸.

5.3 CONCLUSIÓN

Algunas sentencias han examinado el momento en que ha de realizarse la valoración del equivalente pecuniario y lo han fijado en el momento de la incoación del proceso judicial. Sin perjuicio de la importancia de tal determinación, existen tres criterios de valoración de la *aestimatio rei*:

A) Suma «*ad valorem*». En este caso es necesario tener en cuenta que el posible incremento del valor de la prestación debida habría de incluirse en la indemnización de daños y perjuicios. De lo contrario, tal incremento supondría un enriquecimiento injusto para el deudor y una pérdida no indemnizada para el acreedor.

B) La actualización del montante del equivalente pecuniario mediante la suma de los intereses legales. Este es un criterio válido de valoración siempre que se cumpla el principio de indemnización integral del daño, esto es, siempre que la suma del valor de la prestación originaria más los intereses legales coloquen al acreedor en una situación patrimonial idéntica a la que habría tenido lugar de

³⁷ Este criterio es aplicado, además, en la STS, 1.^a, 16.3.1995 (Pte. Villagómez Rodil; FD 3.^º). En la SAP Madrid, 9.^a, 3.10.2006 (Pte. Juan José Sánchez Sánchez), a pesar de que se acepta el criterio del precio de mercado para la valoración del equivalente pecuniario (FD 5.^º) no es aplicado al caso por falta de prueba respecto de tal valor. Ante la imposibilidad de aplicar este criterio, la sentencia valora el equivalente pecuniario con el importe que fue objeto de la compraventa incrementado con los correspondientes intereses legales desde el otorgamiento de los contratos hasta la fecha de la sentencia.

³⁸ Pantaleón también parece aceptar este criterio. PANTALEÓN (1991) p. 1.052.

no producirse el hecho del que surge deber de indemnizar (hipótesis de la diferencia).

C) Precio de mercado. Este criterio proporciona una perfecta equivalencia entre el beneficio que el cumplimiento de la prestación originaria habría proporcionado al acreedor (de haberse cumplido «*in natura*») y el montante de la *aestimatio rei* por el que se sustituye. Por ello, este criterio de valoración es el que mejor se adapta al principio de indemnización integral del daño y a la hipótesis de la diferencia.

La relación entre estos medios de valoración es disyuntiva, esto es, no cabe la aplicación concurrente de dos o más criterios so pena de incurrir en un enriquecimiento injusto por parte del acreedor³⁹.

6. CONCLUSIONES FINALES

I. Existe una línea jurisprudencial consolidada que considera el cumplimiento por equivalencia como una mera indemnización de daños y perjuicios.

A pesar de ello, algunas sentencias recientes del TS y también alguna jurisprudencia menor sostienen que el cumplimiento por equivalencia es un remedio autónomo, distinto e independiente de la indemnización de daños y perjuicios y que, por tanto, aquél no ha de confundirse con el resto de pretensiones indemnizatorias.

Los problemas derivados de esta tesis son los siguientes:

a) Resulta arbitrario e injustificado mantener un régimen indemnizatorio específico para el cumplimiento por equivalente al margen del general recogido en el artículo 1.101 Cc.

b) Se están estimando pretensiones indemnizatorias bajo la denominación de cumplimiento por equivalente sin atender a la concurrencia de los requisitos imprescindibles para ello derivados del mencionado precepto.

c) La posibilidad de elección entre ambos regímenes de responsabilidad genera una enorme inseguridad jurídica para el deudor en aquellos casos en que se solicita una indemnización consistente en el equivalente pecuniario de la prestación primitiva que ha devenido imposible (*aestimatio rei*), porque en función de la naturaleza concedida al cumplimiento por equivalente será necesario examinar o no los requisitos propios de toda pretensión indemnizatoria.

³⁹ En la SAP Barcelona, 14.^a, 14.12.2006 (Pte. Pereda Gámez) se recuerda la imposibilidad de aplicar dos o más criterios de actualización del valor en la aplicación del cumplimiento por equivalente.

d) Dado que para el mantenimiento de esta tesis el cumplimiento por equivalente no puede fundarse en el régimen general indemnizatorio recogido en el Código civil, las citadas resoluciones judiciales han buscado el fundamento de este remedio en otras normas, algunas de las cuales ni siquiera regulan pretensiones indemnizatorias.

II. En otras sentencias, cuando resulta imposible la ejecución de una sentencia judicial en sus propios términos y se acude al cumplimiento por equivalente ha surgido el problema de la posible incongruencia procesal supuestamente derivada de ejecutar una indemnización de daños y perjuicios frente a quien fue condenado a realizar una prestación distinta que posteriormente devino imposible. Esta incongruencia no existe en la medida en que según la doctrina constitucional el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos puede sustituirse por su equivalente cuando la ley lo permita (y lo permite la LEC) y siempre que existan «razones atendibles».

III. Quizá la causa por la que, en ocasiones, no se exigen los requisitos derivados de toda pretensión indemnizatoria en los supuestos de cumplimiento por equivalente sea el temor a provocar un perjuicio de imposible reparación al acreedor. Si la prestación «*in natura*» no puede ser realizada objetivamente por el deudor, la obligación no se ha extinguido y no concurre alguno de los requisitos necesarios para conceder la indemnización de daños y perjuicios, ¿cómo reparar el perjuicio provocado al acreedor derivado del incumplimiento?

No debe olvidarse que la finalidad del cumplimiento por equivalente es obtener una prestación sustitutiva (la indemnización de daños y perjuicios) de la originaria que ha devenido imposible. Por ello, no se entiende el miedo a exigir la concurrencia de los requisitos necesarios para la estimación de la pretensión indemnizatoria en estos casos, sobre todo teniendo en cuenta que la apreciación del daño ha de realizarse siempre con independencia de la naturaleza otorgada al cumplimiento por equivalente (el daño es precisamente el equivalente pecuniario de la prestación originaria), y su relación de causalidad con el incumplimiento contractual siempre es manifiesta, salvo en el extraño caso de que la falta de cumplimiento «*in natura*» por parte del deudor supusiera un beneficio para el acreedor o, sencillamente, no le ocasionara perjuicio alguno.

Tampoco el requisito de la culpa del deudor incumplidor debería suponer un obstáculo a la exigencia de estos requisitos ante la posible objetivación de la responsabilidad derivada del artículo 1.101 Cc.

Bibliografía

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones* (2002), Barcelona.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987), Bolonia.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)* (1991), Valencia.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor», en Homenaje al Profesor Juan Roca (1989), Murcia.
- CAFFARENA LAPORTA, J. «Comentario al artículo 1.147», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia tomo II (1991), Madrid.
- CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, (1989), Jerez.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., *Imposibilidad de la ejecución «in natura». Ejecución por equivalente*, V-Lex-279806.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 1.101 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albala-dejo, tomo XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código civil (1989), Madrid, pp. 374-444.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, tomo III (1988), Madrid.
- CRISTÓBAL MONTES, A., «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *Anuario de Derecho civil* (1989), pp. 15-16.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.106 Cc», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II (1991), Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II (2008), Pamplona.
- *Sistema de derecho civil*, vol. II (2002), Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, «Parte General del Contrato», Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida/Luna Serrano/Delgado Echeverría/Rivero Hernández, 2.ª ed. (2000), Madrid.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T., *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente* (1996), Madrid.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.147 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albala-dejo, tomo XV, vol. 2, artículos 1.125 a 1.155 del Código civil (1989), Madrid.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual* (1987), Madrid.
- LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor* (1999), Madrid.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. L., ROCA I TRIAS, E. et. al., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, coord. Valpuesta Fernández, M. R. y Verdera Server, R. (2001), Valencia.
- MORALES MORENO, A.M., «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del derecho de obligaciones* (2006), Navarra, pp. 55-92.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno (2010), Madrid.

- OSSORIO MORALES, J. y OSSORIO SERRANO, J. M. *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, coord. Sánchez Calero, F. J. (2004), Valencia.
- PANTALEÓN, F., «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho civil* (1991), pp. 1.019-1.072.
- PINTÓ RUIZ, J., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957», *Revista Jurídica de Cataluña* (1958), pp. 199-225.
- «Incumplimiento de las obligaciones civiles», *Revista Jurídica de Cataluña* (1964), pp. 962 ss.
- POTHIER, *Tratado de las obligaciones* (1839), Barcelona.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, I, vol. 2.º (1985), Barcelona.
- «Comentario del traductor», Fuller, Lon L. y Perdue, W. R. *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* (1957), Barcelona, pp. 143-182.
- ROGEL VIDE, C., *Derecho de obligaciones y contratos* (2007), Madrid.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación de dar* (2002), Valencia.
- TORRALBA SORIANO, O. V., «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *Anuario de Derecho civil* (1971), pp. 1.143 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual», *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. Llamas Pombo, E., tomo II (2006), Madrid, pp. 915-930.
- VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (1995), Bologna.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (2001), Madrid.

Sentencias citadas en el trabajo:

STS, 1.^a, 10.3.2009 (Pte. Xiol Ríos) [RJ 2009/2796].

Se parte de un contrato privado por el cual una parte (don Gervasio y doña Gema) cedió a la otra (una entidad promotora) un solar a cambio de que se le otorgara el derecho a formar parte de la autopromoción que se había constituido para la construcción de un edificio de viviendas en el referido solar. Como la promotora entendió que la otra parte contratante no ejercitó la opción de compra imprescindible para obtener la cesión pactada, concluido el plazo para su ejercicio transmitió los inmuebles correspondientes a un tercero de buena fe. Don Gervasio y doña Gema demandaron a la promotora solicitando el cumplimiento del contrato y subsidiariamente pidieron que se les concediera la indemnización correspondiente. El JPI desestimó la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la AP estimó el recurso reconociendo el derecho de los actores a su participación en el edificio construido en el solar. Como la ejecución «*in natura*» de la sentencia de la AP resultaba imposible, los demandantes recurrieron en casación. El TS estimó el recurso reconociendo el derecho de los actores a obtener una indemnización sustitutiva de la ejecución «*in natura*» de la sentencia.

STS, 1.^a, 20.5.2008 (Pte. García Varela) [RJ 2008/3159].

Los actores solicitaron a los demandados la realización de una serie de obras encaminadas a dotar al local propiedad de los demandantes de los medios necesarios para su uso y explotación. El proyecto inicial preveía la existencia de dos locales aunque realmente estos fueron divididos hasta formar seis. El problema es que uno de ellos no tenía acceso independiente a la vía pública lo cual impedía destinar el local al fin proyectado sin perjuicio de su titular. En la demanda se solicitó subsidiariamente una indemnización de daños y perjuicios para el caso de que la obra resultare técnica o legalmente imposible. El JPI estimó en parte la demanda y la AP condenó además a otros demandados que habían sido absueltos en primera instancia. El recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP se centró en determinar si el arquitecto técnico era responsable de los vicios ruinógenos detectados en el local vendido por los promotores a los actores. El TS declaró haber lugar al recurso y condenó al resto de demandados a que dotasen a los locales de las condiciones de habitabilidad necesarias para alcanzar los fines proyectados. Subsidiariamente y para el supuesto de que esto

resultara imposible los condenó a indemnizar a los actores en una cantidad equivalente al precio de mercado de un local comercial de similares características.

SAP Asturias, 1.^a, 24.4.2008 (Pte. Antón Guijarro)
[JUR 2008/233998].

El propietario de un local comercial demandó a algunos propietarios de las viviendas situadas en el mismo edificio y al presidente de la comunidad de propietarios debido a algunos desperfectos que se habían producido en los mencionados locales. El JPI condenó al presidente de la comunidad de propietarios a reparar los daños causados en los locales y absolvió a los demás demandados por entender que los daños fueron causados por un elemento común de la comunidad. La AP revocó la sentencia de instancia pero únicamente en materia de costas.

SAP Orense, 1.^a, 22.4.2008 (Pte. Alañón Olmedo)
[JUR 2008/215543].

Una entidad dedicada a la construcción inmobiliaria demandó a otra mercantil por cumplimiento defectuoso de la prestación debida consistente en la construcción de una cubierta. El JPI estimó la demanda y condenó a la demandada a una indemnización de daños equivalente al coste que le ocasionó a la actora la reparación de la cubierta. La AP, sin embargo, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada en el sentido de reducir el montante de la indemnización. El Tribunal provincial consideró que la sobrecubierta realizada por la actora había de considerarse una mejora que iba más allá de la prestación a que estaba obligada la demandada.

STS, 1.^a, 27.12.2007 (Pte. Salas Carceller) [RJ 2007/9062].

Celebrado un contrato de compraventa de unos apartamentos en un complejo residencial, la sociedad urbanizadora incumplió el compromiso de constituir una servidumbre para acceder al jardín y la piscina que formaban parte de los elementos comunes. Ello impedía la utilización de estas instalaciones por parte de los propietarios de los apartamentos, razón por la cual demandaron a la urbanizadora solicitando que fuera condenada a pagar a cada uno de ellos la diferencia entre el precio efectivamente abonado de la compraventa y el valor que tendría cada apartamento sin derecho a piscina y jardín, más los intereses legales y otra indemnización por

daños morales. El JPI estimó íntegramente la demanda. La AP confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

AAP Vizcaya, 3.^a, 14.11.2007 (Pte. Keller Echevarría)
[JUR 2008/30639].

Se parte de una sentencia firme por la cual se condenaba a la actora a pagar a la demandada el importe de las obras mal ejecutadas en una vivienda. Fijado el importe exacto de la indemnización mediante auto del JPI, éste fue recurrido en apelación por la demandada. La AP estimó el recurso fijando como importe el señalado en su día por el perito respecto de las obras defectuosamente ejecutadas.

SAP Murcia, 5.^a, 30.10.2007 (Pte. Hervás Ortiz)
[JUR 2008/78434].

Una mercantil y dos personas físicas celebraron un contrato por el cual la obligación principal de éstas consistía en transmitir a la sociedad un determinado aprovechamiento urbanístico de una actuación. Ante el incumplimiento de esta obligación, la mercantil interpuso la correspondiente demanda que fue desestimada por el JPI. El Juez fundó su decisión en la imposibilidad del cumplimiento de la prestación originaria al haberse transmitido la finca a un tercero protegido por la fe pública registral. La actora recurrió en apelación y la AP estimó el recurso afirmando que la imposibilidad mencionada da lugar al cumplimiento por equivalente pero nunca a la extinción de la obligación cuando es el propio deudor el que la provocó.

AAP Barcelona, 17.^a, 14.9.2007 (Pte. Sambola Cabrer)
[JUR 2007/330206].

Se parte de una sentencia firme por la cual la demandada fue condenada a otorgar escritura pública de los contratos de compra-venta celebrados con la parte actora, relativos a una vivienda duplex con parcela. Durante el proceso judicial la demandada vendió la finca litigiosa a un tercero que quedó protegido por la fe pública registral. Por ello, una vez dictada la sentencia y ante la imposibilidad del cumplimiento «*in natura*» de la misma, la parte actora instó la ejecución por equivalente. En la fase de ejecución de la citada sentencia, la ejecutada inició un incidente contra la liquidación de la prestación equivalente propuesta por los ejecutantes. El JPI esti-

mó en parte la oposición de la ejecutada y señaló las bases para la determinación del importe de la prestación equivalente. Contra el auto del JPI los ejecutantes interpusieron recurso de apelación que fue estimado en parte por la AP.

AAP Castellón, 17.^a, 30.7.2007 (Pte. Garrido Sancho)
[JUR 2007/336039].

Se parte de la firmeza de una sentencia judicial en la que se condenó a una mercantil (demandada reconviniente) a la realización de una serie de obras de reparación destinadas a subsanar defectos constructivos y a varias personas físicas (demandantes reconvenidos), como beneficiarios de dichas obras, a pagar a la citada mercantil una cantidad de dinero. Promovida demanda ejecutiva por la mercantil se despachó ejecución contra los bienes de los demandantes reconvenidos que formularon oposición por motivos procesales. Rechazada la oposición se formuló recurso de apelación que fue resuelto en este auto por la AP en el sentido de estimarlo en parte. Los recurrentes alegaron que se había vulnerado el derecho a la ejecución de sentencias firmes en sus propios términos porque el título ejecutivo presentado no cumplía los requisitos legales para llevar aparejada ejecución. La AP recordó la doctrina constitucional que permite el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencias.

SAP Valencia, 8.^a, 24.7.2007 (Pte. Ortega Mifsud)
[JUR 2007/341330].

Las partes celebraron un contrato de compraventa cuyo objeto era una vivienda y una plaza de garaje. La vendedora declaró resuelto el contrato porque la otra parte no lo firmó en el plazo fijado tras la concesión de la licencia de obras (ni siquiera se le notificó dicha concesión a la compradora). La compradora interpuso la correspondiente demanda solicitando la nulidad de la resolución y el cumplimiento del contrato. El JPI estimó en parte la demanda declarando nula y sin efecto la resolución contractual y condenó a la vendedora a que pusiera a disposición de la actora los inmuebles. Recurrida en apelación la sentencia de instancia, la AP estimó íntegramente la demanda, añadiendo –como solicitó la actora– que para el hipotético caso de que la vivienda hubiera sido enajenada a un tercero, la demandada debería abonar a la actora los daños y perjuicios (cumplimiento por equivalente).

AAP Burgos, 2.^a, 5.7.2007 (Pte. Carreras Maraña)
[JUR 2007/365422].

Fijada la liquidación de intereses en ejecución de sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la mencionada liquidación. El JPI desestimó la liquidación de intereses solicitada por el actor apelante y confirmó la cantidad inicialmente acordada. La AP confirmó la resolución del JPI, recordando la doctrina constitucional que permite el cumplimiento por equivalente en ejecución de sentencias.

STS, 1.^a, 8.6.2007 (Pte. Villagómez Rodil) [RJ 2007/3383].

El propietario de un local realizó una excavación en él obteniendo 10,5 m² bajo su superficie. Algunos propietarios de los pisos situados en el mismo edificio demandaron al propietario del local solicitando la copropiedad de la superficie excavada. El JPI estimó íntegramente la demanda y declaró a todos ellos copropietarios condenando a los demandados a restablecer la superficie usurpada al estado en que se encontraba antes de realizar la excavación. El demandante rechazó la sustitución de la ejecución por un equivalente económico. Esa sentencia fue confirmada por la AP y ratificada por el TS. Tras este proceso judicial se inició un segundo proceso en el que se discutió si los pronunciamientos judiciales señalados también afectaban a los que entonces eran propietarios de los locales (habían adquirido los locales afectados tras la excavación). El TS afirmó que en la medida en que el local se encontraba en una situación de propiedad horizontal, el demandante en el primer proceso judicial podía ejecutar la sentencia contra los condenados en ella o contra los nuevos propietarios de los locales que de modo voluntario ocuparon la posición de aquéllos.

SAP Cantabria, 4.^a, 9.5.2007 (Pte. Helguera Martínez)
[JUR 2007/296226].

Las partes celebraron dos contratos de compraventa relativos a dos viviendas. La compradora demandó a la vendedora solicitando la entrega de las viviendas y la elevación a público de los contratos privados. Posteriormente, las viviendas fueron enajenadas a terceros hipotecarios. El JPI desestimó íntegramente la demanda porque no se demandó a los terceros. La demandante recurrió en apelación la sentencia y la AP estimó íntegramente el recurso, afirmando que si la sentencia no puede ser cumplida «in natura» ha de cumplirse por equivalencia.

ATS, 1.^a, 8.5.2007 (Pte. García Varela) [JUR 2007/198310].

Celebrado un contrato de compraventa de un inmueble, el vendedor incumplió su obligación de entregar la cosa objeto del contrato. La entrega resultó imposible porque el inmueble había sido transmitido a un tercero protegido por la fe pública registral. Por este motivo, el vendedor fue condenado en ambas instancias al cumplimiento por equivalente del valor de la vivienda. El TS mediante este auto decidió no admitir los recursos de casación planteados por las partes procesales.

STS, 1.^a, 23.3.2007 (Pte. Corbal Fernández) [RJ 2007/2353].

A causa del fallecimiento de un agente afecto de seguros surgió un litigio entre sus herederos y la compañía de seguros respecto de la continuación del contrato de agencia por parte de los herederos del agente fallecido. La entidad aseguradora interpuso una demanda frente a los herederos para que se declarase extinguido el vínculo contractual que hasta ese momento existía con el agente fallecido y para que los herederos no realizaran ninguna manifestación por la cual aparecieran representar de alguna manera a la aseguradora. Los herederos reconvinieron solicitando la vigencia del contrato de agencia. El JPI desestimó la demanda y estimó la reconvención. Interpuesto recurso de apelación por la actora reconvenida, la AP lo estimó en parte y condenó a la aseguradora a abonar a los reconvinientes una indemnización resarcitoria por valor de la cartera de clientes, otra indemnización por la extinción anticipada del contrato de agencia y una tercera indemnización por daños morales. La AP añadió que al no ser posible el cumplimiento «*in natura*» consistente en continuar con el ejercicio de la agencia mediante la subrogación del agente fallecido era necesario sustituir el cumplimiento específico por el cumplimiento por equivalencia. A pesar de que la AP fundamentó ese cumplimiento por equivalente en el artículo 1.101 Cc, el TS aseveró que su fundamento no se encuentra en ese precepto sino en el artículo 1.098 Cc (cuando se trata de obligaciones de hacer) y en los preceptos que regulan el cumplimiento forzoso.

SAP Castellón, 1.^a, 27.2.2007 (Pte. de Diego González) [JUR 2007/274189].

Ante la existencia de defectos constructivos en una vivienda, su propietario demandó a la sociedad que había promovido la construcción. El JPI estimó parcialmente la demanda. Ambas partes recurrieron en apelación. La AP desestimó el recurso de la promotora y estimó parcialmente el del actor en el sentido de elevar el

montante de la indemnización a que fue condenada la promotora. La AP afirmó que una vez solicitada sin éxito la reparación «*in natura*» de los defectos constructivos, el perjudicado puede solicitar la indemnización pecuniaria sustitutiva de la prestación originaria (cumplimiento por equivalente).

STS, 1.^a, 26.12.2006 (Pte. Montés Penadés) [RJ 2007/400].

Tras la celebración de dos contratos de compraventa (de vivienda y de plaza de garaje), los compradores no comparecieron a la elevación a público de los mismos. Tras ello, el vendedor consideró resueltos los contratos y vendió los inmuebles a terceros de buena fe. Ante esta situación, los compradores interpusieron demanda frente al vendedor en la que solicitaron: a) el otorgamiento de las escrituras públicas y la entrega de llaves y b) una indemnización de daños y perjuicios. El JPI estimó en parte la demanda. Ante la imposibilidad de cumplimiento «*in natura*», condenó a la demandada al pago a los actores de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento y declaró resuelto el contrato. La AP confirmó la sentencia de instancia aunque fijó distintos criterios para la determinación del montante de la indemnización. El TS declaró haber lugar al recurso de casación únicamente en relación a la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

STS, 1.^a, 20.12.2006 (Pte. Montés Penadés) [RJ 2007/384].

Celebrados una serie de contratos de compraventa de viviendas con anejos y plazas de garaje se produjeron algunas discrepancias a la hora de designar las plazas de garaje y trasteros que habían de ser entregados a los compradores. Los compradores demandaron al vendedor solicitando la designación de los inmuebles de acuerdo con lo pactado así como el otorgamiento de las escrituras públicas de los contratos privados. La parte demandada reconvino solicitando a los compradores el pago del resto del precio. El JPI estimó tanto la demanda como la reconvención. En apelación, la AP confirmó la sentencia. Los actores interpusieron recurso de casación que fue estimado parcialmente en el sentido de revocar los intereses legales que habían sido reconocidos en la reconvención.

SAP Barcelona, 14.^a, 14.12.2006 (Pte. Pereda Gámez)
[JUR 2007/193901].

Las partes celebraron un contrato de permuta de un solar integrado en un proyecto de reparcelación. Incumplido el contrato, la

parte perjudicada interpuso una demanda frente a la otra solicitando el cumplimiento del contrato, su elevación a público y, con carácter subsidiario, una indemnización equivalente al valor actualizado del solar. La parte demandada reconvino para que se declarara inválido e ineficaz el contrato. El JPI desestimó la reconvención y estimó parcialmente la demanda condenando a la demandada a abonar a la actora una indemnización equivalente al valor actualizado de la finca más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su pago. La AP estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada revocando la sentencia de instancia, en el sentido de fijar el montante de la indemnización sustitutiva en el valor original de la finca más los intereses legales desde la fecha del contrato.

SAP Zaragoza, 4.^a, 14.12.2006 (Pte. Roberto García Martínez) [JUR 2007/139490].

Una persona física dedicada a la explotación de grúas y una mercantil dedicada a la fabricación y venta de carrocerías celebraron un contrato de arrendamiento de obra. Ante el cumplimiento defectuoso del contrato por parte de la mercantil, la otra parte interpuso una demanda ante el JPI que condenó a la demandada a pagar al actor una indemnización incrementada con el interés legal desde la interpellación judicial. Recurrida la sentencia de instancia fue confirmada por la AP.

STS, 1.^a, 20.10.2006 (Pte. Villagómez Rodil) [RJ 2006/9372].

El JPI dictó sentencia en la que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la actora declaró nulas de pleno derecho todas las actuaciones procesales derivadas de un procedimiento de juicio ejecutivo en la que se realizó la venta judicial de una serie de fincas registrales y condenó a los demandados a estar y pasar por la mencionada declaración y a reponer al demandante en la titularidad dominical de las fincas. A pesar de que esta sentencia devino firme su cumplimiento resultó imposible dado que las fincas habían sido adjudicadas a terceros de buena fe protegidos por la fe pública registral.

Tras varios recursos interpuestos por las partes frente a diversas resoluciones de la AP, ésta dictó auto por medio del cual se reconoció el derecho del actor a percibir una indemnización de daños y perjuicios por la privación de los locales litigiosos. Frente a este auto los demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tri-

bunal Supremo alegando indefensión. Sus motivos fueron que en la sentencia del JPI, el actor no había solicitado la indemnización de daños y perjuicios y ésta, sin embargo, fue acordada en ejecución de sentencia. El TS desestimó el recurso y declaró que en estos supuestos no existe incongruencia.

SAP Madrid, 9.^a, 3.10.2006 (Pte. Juan José Sánchez Sánchez) [JUR 2007/46809].

Varias personas físicas compraron unos inmuebles a una mercantil. Entre los inmuebles se encontraban dos plazas de aparcamiento que, por diversos motivos, no eran adecuadas para su fin. Los compradores demandaron a la vendedora por este motivo solicitando la resolución de los contratos únicamente respecto de las citadas plazas de garaje. El JPI desestimó la demanda. Recurrida en apelación la sentencia, la AP estimó parcialmente el recurso declarando resueltos los contratos respecto de las plazas y condenando a la demandada al pago de una indemnización equivalente al importe de las plazas (fijado en los contratos) incrementado con los correspondientes intereses legales desde la fecha de los contratos hasta la fecha de esta sentencia. La AP consideró que era aplicable al caso el criterio del precio de mercado para la valoración del equivalente pecuniario, aunque finalmente no lo aplicó por falta de prueba respecto de tal valor.

SAP La Coruña, 5.^a, 29.9.2006 (Pte. Bustos Lago) [JUR 2007/134509].

El 16 de marzo de 2004, las partes celebraron un contrato de opción de compra, por medio del cual una de las partes (optante demandado) se comprometió a ceder gratuitamente a la otra (optatarios demandantes) una finca de entre tres, debiendo formalizarse la cesión en el plazo acordado. Se pactó además una cláusula penal en virtud de la cual el optante habría de indemnizar con 600 euros por cada mes de retraso en el cumplimiento de la referida obligación de cesión. Las tres fincas objeto de la opción de compra fueron vendidas a terceros de buena fe, razón por la cual los demandantes ejercitaron la pretensión de cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios frente al optante. El JPI acogió todos los pedimentos de los actores, pero recurrida la sentencia en apelación la AP desestimó íntegramente la demanda.

SAP Burgos, 3.^a, 14.12.2005 (Pte. Villimar San Salvador) [JUR 2006/48556].

Don Roberto (promotor de una vivienda unifamiliar y comitente) celebró con don José Luis (contratista) un contrato de arrendamiento de obra para la construcción de una vivienda. El contratista demandó al comitente en reclamación de cantidad y el comitente reconvino solicitando la ejecución de varios trabajos encaminados a la subsanación de defectos constructivos y el pago de una cantidad de dinero. El JPI estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvenCIÓN. Recurrida la sentencia en apelación por el demandado (comitente), la AP estimó el recurso y revocando la sentencia de instancia condenó al demandado (comitente) a pagar al actor (contratista) el saldo restante de las obras realizadas.

STS, 1.^a, 13.7.2005 (Pte. desconocido) [RJ 2005/5098].

Una comunidad de propietarios demandó a la mercantil constructora por deficiencias en la construcción del edificio. La actora solicitó una indemnización de daños y perjuicios equivalente al coste de las reparaciones que resultaron necesarias para subsanar los defectos en la construcción. El JPI estimó la demanda y la AP confirmó la sentencia de instancia. La demandada recurrió en casación alegando, entre otros argumentos, que la indemnización debe considerarse como un remedio subsidiario de la reparación «*in natura*». El TS desestimó el recurso al sostener que en aquellos casos en los que el perjudicado ha pretendido infructuosamente la reparación de los defectos constatados es posible acudir a la indemnización de daños y perjuicios.

SAP Vizcaya, 4.^a, 12.5.2005 (Pte. Castresana García) [JUR 2005/198272].

Una comunidad de propietarios (demandante) interpuso una demanda frente a la constructora del edificio, la aparejadora y el arquitecto que intervinieron en la construcción (demandados). El motivo fue la existencia de unas humedades en algunas partes del edificio. El JPI desestimó íntegramente la demanda. En grado de apelación, la sentencia de instancia fue confirmada por la AP. El Tribunal Provincial advirtió que las obras de reparación habían sido realizadas casi en su totalidad y las restantes no se pudieron realizar por impedirlo la propia demandante.

STS, 1.^a, 20.12.2004 (Pte. Corbal Fernández) [RJ 2004/8131].

Como consecuencia de las lluvias torrenciales se acumuló gran cantidad de agua en la cubierta de una nave situada en un polígono industrial y ello dio lugar a que se desplomara el techo de la citada nave. La propietaria reclamó a su aseguradora el pago de los daños y una vez abonados la compañía de seguros ejercitó la acción de reembolso frente al arquitecto técnico, la constructora y su aseguradora. La demanda fue desestimada ante el JPI pero la AP estimó parcialmente el recurso de apelación condenando solidariamente a los demandados a abonar a la aseguradora demandante la suma abonada por los daños con los intereses correspondientes.

SAP Madrid, 13.^a, 29.6.2004 (Pte. Zarco Olivo)
[JUR 2004/299460].

Las partes celebraron un contrato de opción de compra sobre una vivienda y sus anejos. La optante (vendedora) demandó a los optatarios (compradores) quienes reconvinieron. El JPI desestimó la reconvenCIÓN y estimó la demanda declarando resuelto el contrato y obligando a los demandantes a restituir a los demandados las cantidades entregadas más los intereses legales. Apelada la sentencia, la AP desestimó la demanda y estimó la reconvenCIÓN condenando a la actora a cumplir el contrato objeto de la litis y a entregar a los demandados reconvinientes la vivienda descrita en el contrato más sus anejos por el precio convenido. La AP añadió que en el caso de resultar imposible tal entrega los demandados habrían de indemnizar a la actora con el equivalente pecuniario de la prestación originaria.

STSJ Navarra, 6.10.2003 (Pte. Fernández Urzainqui)
[RJ 2003/8687].

Las partes celebraron un contrato de compraventa de inmuebles en el que se establecían una serie de requisitos para que se perfecionara la compraventa (designación de un perito para la concreción exacta de los metros cuadrados que serían objeto de transmisión, determinación del precio, etc.). Transcurrido algún tiempo desde la celebración del contrato, el comprador demandó a los vendedores por incumplimiento contractual solicitando la entrega de los inmuebles, la elevación a público del contrato privado de compraventa y, subsidiariamente, para el caso de que resultase imposible la entrega de cualquiera de las fincas, una indemnización de daños y perjuicios. Los vendedores contestaron a la demanda alegando problemas procesales y reconvinieron para instar la declara-

ción de que el contrato de compraventa había sido resuelto de común acuerdo por las partes y, subsidiariamente, la declaración de su resolución derivada del ejercicio tardío de los derechos del actor que resultaba contrario a las exigencias de la buena fe.

El JPI desestimó tanto la demanda como la reconvención por falta de litisconsorcio pasivo necesario. La AP revocó parcialmente la sentencia recurrida aunque absolvió en cuanto al fondo tanto a los demandados como al actor reconvenido. El TS desestimó íntegramente la demanda principal y estimó la pretensión subsidiaria planteada en la reconvención en el sentido de declarar inadmisible la pretensión de cumplimiento tardío del actor por resultar antijurídica y por ser contraria a las exigencias de la buena fe.

STSJ Navarra, 24.6.2003 (Pte. Fernández Urzainqui)

[RJ 2003/5437].

Dos sociedades dedicadas a la fabricación de guantes de látex celebraron un contrato complejo por el que una de ellas transmitió a la otra su fondo de comercio junto a otros productos y maquinaria. Las partes acordaron que el precio se determinaría en base a la cifra de ventas lograda por la adquirente en el plazo de un año a partir del denominado año «cero». Como durante el primer semestre posterior a la transmisión las ventas realizadas por la adquirente eran muy inferiores a las que había realizado la cedente en los tres años anteriores a la transmisión, las partes acordaron negociar el que habría de considerarse como «año cero». Esta negociación quedó suspendida cuando la adquirente comunicó a la otra parte la venta de la totalidad de sus acciones a un tercero. Tras dicha transmisión la sociedad cedente se encontró con que el nuevo empresario dio por válidas las cifras de ventas realmente alcanzadas durante el primer semestre posterior a la transmisión negándose a realizar negociación alguna. Ante esta situación la sociedad cedente demandó a la adquirente solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Dada la imposibilidad de restituir lo entregado a la demandada se solicitó la indemnización entendida como cumplimiento por equivalente. La parte demandada reconvino solicitando una cantidad de dinero resultante de la diferencia entre lo abonado por ésta y lo realmente debido.

El JPI desestimó la demanda interpuesta por la cedente en la medida en que la demandada «no estaba sujeta a alcanzar unos mínimos concretos» en su proceso de ventas. Sin embargo, estimó la demanda reconvencional. La AP confirmó íntegramente la sentencia recurrida en apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

SAP Las Palmas, 5.^a, 4.6.2003 (Pte. Manrique de Lara Morales) [JUR 2003/240780].

Canarilar, S.A. (vendedora) celebró un contrato privado de compraventa con don Isidro y doña Susana (compradores) cuyo objeto fue una finca gravada con una hipoteca que garantizaba un crédito concedido por el Banco Exterior de Crédito a la vendedora. Tras la venta, el citado banco ejecutó la hipoteca y se adjudicó el inmueble que finalmente fue objeto de una posterior enajenación a una sociedad que, cumpliendo los requisitos del artículo 34 LH, quedó protegida por la fe pública registral. Ante esta situación, don Isidro y doña Susana interpusieron demanda contra Canarilar, S.A. y el Banco Exterior de Crédito alegando, entre otros argumentos, la nulidad de la subasta y posterior adjudicación de la finca litigiosa. Los actores solicitaron a las demandadas una indemnización de daños y perjuicios equivalente al valor de la finca dada la imposibilidad de que la misma les fuera restituida. El JPI estimó en parte la demanda condenando a Canarilar, S.A. a que abonara a los actores una cantidad de dinero más los intereses legales incrementados en dos puntos. Los actores interpusieron entonces recurso de apelación ante la AP contra la sentencia. El recurso fue desestimado ante la caducidad de la acción de nulidad de actuaciones ejercitada por los actores.

STS, 1.^a, 27.5.2003 (Romero Lorenzo) [RJ 2003/3931].

Una de las partes de un «Convenio de Talleres de Servicio Autorizado» lo dio por vencido y resuelto (demandado) en contra del criterio de la otra parte (actor) que entendía que debía ser prorrogado. El JPI desestimó la demanda. El actor interpuso recurso de apelación que fue estimado por la AP quien revocó la sentencia de instancia con acogimiento parcial de la demanda. La AP sustituyó la prórroga solicitada en la demanda por una indemnización (en concepto de las comisiones adquiridas por la demandada) incrementada con los intereses legales desde la fecha de la resolución. El TS confirmó la sentencia dictada por la AP asegurando que no es incongruente la sentencia en que se transforma la condena en cumplimiento por equivalencia.

SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 12.5.2003 (Pte. Moscoso Torres) [JUR 2003/239932].

Doña Ángeles interpuso demanda contra su esposo y una sociedad promotora. Los demandados habían celebrado entre sí un contrato de compraventa que tenía como objeto una finca que alberga-

ba un negocio familiar explotado por la actora y su esposo (casados en régimen de sociedad de gananciales). La actora solicitó la nulidad de la citada compraventa alegando que se había celebrado sin su consentimiento. El JPI desestimó la demanda absolviendo a los demandados de todos los pedimentos solicitados por la demandante. El recurso de apelación interpuesto por la actora fue desestimado por la AP que confirmó la sentencia de instancia.

SAP Barcelona, 15.^a, 24.3.2003 (Pte. Garrido Espá)
[JUR 2004/14207].

Se parte de la existencia de un laudo arbitral firme. En su fase de ejecución, la parte ejecutante, Retail Park, S.A. inició ante el JPI un incidente de liquidación contra JJB Sports Limited, S.L. y JJB Sports PLC (ejecutadas). El JPI estimó parcialmente la demanda incidental y condenó a las demandadas a pagar a la actora treinta millones de pesetas más los intereses legales. La ejecutante y una de las ejecutadas interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el JPI. El presentado por la ejecutada fue desestimado. El formulado por la ejecutante fue estimado por la AP que revocó en parte la sentencia de instancia y fijó el montante de la indemnización en casi el doble de lo que estableció el JPI, confirmando el resto de pronunciamientos.

SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 24.2.2003 (Pte. Moscoso Torres)
[JUR 2003/141633].

Las partes celebraron un contrato privado de compraventa de una vivienda en construcción. El comprador demandó al vendedor solicitando la elevación a público del contrato y la indemnización de daños y perjuicios por la no ocupación de la vivienda. El vendedor reconvió pidiendo la resolución del contrato. El JPI desestimó la reconvenCIÓN y estimó la demanda condenando al vendedor a otorgar la correspondiente escritura pública previo pago por el demandante del resto del precio y denegando la indemnización solicitada. Ambas partes procesales interpusieron recurso de apelación ante la AP. El recurso de la actora fue desestimado porque no cabe indemnización de daños y perjuicios cuando la demandante se niega a abonar a la otra parte determinadas mejoras realizadas en la vivienda. El recurso del demandado fue estimado en parte condenando a la actora a abonar a la demandada una cantidad de dinero en concepto de la mejora del garaje realizada por el demandado que beneficiaba a la actora.

SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 13.1.2003 (Pte. Moscoso Torres) [JUR 2003/114305].

Dos propietarios de viviendas interpusieron demanda contra la sociedad constructora del edificio en el que se ubicaban aquéllas. Los demandantes solicitaron la devolución de una serie de gastos pagados a la constructora y la instalación en las viviendas de unos armarios empotrados y unas contraventanas. El JPI estimó en parte la demanda y condenó a la demandada al pago de una indemnización a la actora incrementada con los intereses legales desde la interposición de la demanda hasta su completo pago. Ambas partes procesales interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia. La AP desestimó el recurso formulado por los actores y estimó en parte el presentado por la demandada

STS, 1.^a, 30.4.2002 (Pte. Corbal Fernández) [RJ 2002/4041].

Las partes celebraron un contrato de cesión de suelo a cambio de vuelo edificado, por el cual una de ellas entregaba un inmueble a la otra y a cambio, tras su demolición y construcción de un nuevo edificio, ésta recibía tres viviendas, tres plazas de garaje y tres cuartos trasteros. La parte que entregó el inmueble no recibió su contraprestación, razón por la cual interpuso la correspondiente demanda por incumplimiento contractual. En ella, la demandante solicitó que los demandados le abonasen mensualmente una cantidad de dinero hasta el cumplimiento efectivo de la prestación debida.

El problema fue que al iniciar las obras de excavación y cimentación necesarias para la construcción del nuevo edificio, los propietarios de unas bodegas situadas bajo el terreno en construcción solicitaron judicialmente la suspensión o paralización de las obras, dado el peligro que la continuación de las mismas suponía para las bodegas. Estimados los procedimientos interdictales iniciados por los propietarios de las bodegas y ante la imposibilidad de continuar con las obras de construcción del edificio mencionado se hizo imposible la entrega de la contraprestación pactada en el contrato.

El JPI estimó la demanda y condenó a los demandados a que pagasen a la actora la cantidad periódica que se había solicitado en la demanda hasta el cumplimiento de la contraprestación pactada. La AP, en grado de apelación, confirmó íntegramente la sentencia recurrida. El TS, sin embargo, estimó el recurso de casación interpuesto por los demandados en el sentido de limitar la condena hasta la fecha de la presentación de la demanda para evitar así una situación de mora indefinida.

SAP Barcelona, 4.^a, 1.3.2001 (Pte. Susana Álvarez García) [JUR 2001/149543].

Los propietarios de una vivienda en construcción demandaron a la sociedad constructora por determinadas deficiencias en la construcción. El JPI estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios a los actores. Recurrida la sentencia en apelación, la AP estimó en parte el recurso.

STS, 1.^a, 28.12.2000 (Pte. Villagómez Rodil) [RJ 2000/10382].

Se parte del arrendamiento de una vivienda. Su propietario y el arrendatario celebraron un acuerdo mediante el cual el arrendatario renunció a su derecho de prórroga arrendaticia y se comprometió a desalojar la vivienda. Por su parte, el propietario estaba obligado a construir un nuevo edificio y a vender al antiguo arrendatario una de las viviendas. Las partes formalizaron su acuerdo mediante una promesa de contrato de compraventa de vivienda.

El propietario de la vivienda incumplió lo acordado en la medida en que no construyó el edificio sino que lo enajenó a un tercero. Tras el incumplimiento, el arrendatario solicitó la perfección del contrato, que se condenara al propietario a la entrega de la vivienda y, subsidiariamente, si esto fuese imposible, a una indemnización cuyo montante habría de ser equivalente a la diferencia entre el precio estipulado y el precio de otra vivienda de idénticas características y ubicación. El JPI estimó la demanda y condenó al demandado a que vendiera la vivienda objeto del precontrato y se la entregara al actor por el precio convenido. Como la cesión de la vivienda prometida en el edificio resultaba imposible por haber sido ésta enajenada a un tercero de buena fe, el JPI acudió a la solución indemnizatoria del cumplimiento por equivalente. A pesar de que la AP estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y revocó la sentencia de instancia, el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora, confirmando íntegramente la sentencia dictada por el JPI.

SAP Zaragoza, 4.^a, 28.11.2000 (Pte. Seoane Prado) [JUR 2001/53215].

Las partes celebraron un contrato de obra mediante el cual se subcontrataron tareas de protección contra incendios. El comitente consideró que se habían ejecutado mal los trabajos encargados al contratista, razón por la cual reclamó judicialmente el cumplimiento del contrato y una indemnización de daños y perjuicios. El JPI

desestimó la demanda. La actora recurrió en apelación la sentencia ante la AP que estimó el recurso, condenando a la demandada a cumplir el contrato y a indemnizar a la actora en concepto de cumplimiento por equivalencia respecto de una de las obligaciones contractuales incumplidas.

SAP Santa Cruz de Tenerife, 3.^a, 23.9.2000 (Pte. Navarro Miranda) [JUR 2000/301387].

Las partes celebraron un contrato de arrendamiento de obra. Ante el incumplimiento del contratista, el comitente interpuso una demanda solicitando el cumplimiento de lo pactado. El JPI desestimó la demanda. En grado de apelación, la AP estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados al pago de una indemnización al actor más los intereses legales.

SAP Islas Baleares, 5.^a, 25.7.2000 (Pte. Cabrer Barbosa) [JUR 2000/297545].

Varias personas compraron distintas viviendas a una sociedad. Tras la compraventa surgieron ciertas desavenencias entre las partes. Y ello porque a pesar de que según la publicidad de las viviendas desplegada por la vendedora todas las viviendas tenían derecho a piscina y jardín, no todas ellas podían acceder realmente a dichas zonas comunes. Ante esta situación, los compradores interpusieron una demanda frente a la sociedad vendedora reclamando el cumplimiento por equivalente de lo pactado y el resarcimiento de los daños y perjuicios. El JPI estimó íntegramente la demanda y condenó a la sociedad demandada a pagar a los actores distintas cantidades de dinero (en función del precio de cada vivienda) más los intereses legales. La sociedad demandada interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia. La AP desestimó el recurso y confirmó la sentencia del JPI.

SAP Granada, 3.^a, 2.5.2000 (Pte. Albiez Dorhmann) [AC 2000/3520].

El comprador de un automóvil demandó a la sociedad vendedora y otras personas por mal funcionamiento del vehículo. El JPI estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar una indemnización y el valor del motor del automóvil. La AP confirmó la sentencia de instancia.

STS, 1.^a, 28.6.1999 (Pte. O'Callaghan Muñoz) [RJ 1999/4894].

Una paciente demandó al médico odontólogo titular de una clínica dental reclamando una indemnización por los daños materiales y morales sufridos por una intervención odontológica realizada en la clínica. El JPI estimó parcialmente la demanda condenando al demandado al pago de una indemnización a la actora. La AP revocó la sentencia de instancia absolviendo al demandado de todos los pedimentos. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora, aduciendo que las intervenciones odontológicas son un supuesto en el que la obligación del deudor no es la derivada de un contrato de prestación de servicios (obligación de medios) sino la propia de un contrato de obra, esto es, el deudor asume la obligación de obtener el resultado. En la medida en que, según los hechos probados, el odontólogo demandado incumplió su obligación de resultado, el TS lo condenó al cumplimiento por equivalente («*id quod interest*»), esto es, a una indemnización de los daños materiales y morales, tal y como estableció la sentencia del JPI que fue confirmada.

STC, 1.^a, 15.12.1998 (Pte. García Manzano) [RTC 1998/240].

El recurrente en amparo (funcionario de carrera) interpuso recurso contencioso administrativo contra varias resoluciones administrativas que ampliaban su horario de trabajo sin aumento retributivo. El TSJ estimó en parte su recurso: a) anulando las citadas resoluciones, b) manteniendo la jornada de trabajo que venía realizando el funcionario y c) reconociendo el derecho del recurrente a obtener una indemnización por el exceso de jornada realizada desde la entrada en vigor de las normas anuladas hasta el momento de ejecución de la sentencia. El recurrente solicitó la ejecución de la letra c) anterior cuantificando la referida indemnización. El TSJ desestimó la solicitud de ejecución argumentando que al actor le había sido ya abonado el complemento de productividad. Otros funcionarios en su misma situación sí obtuvieron una indemnización similar en ejecución de sentencia. El demandante interpuso recurso de amparo que fue otorgado por el TC.

STS, 1.^a, 26.5.1998 (Pte. Villagómez Rodil) [RJ 1998/4007].

Una vez trabado embargo sobre determinados bienes gananciales, la esposa del embargado (demandante) solicitó la nulidad del juicio ejecutivo alegando que éste se había tramitado a sus espaldas sin que se le notificara la existencia del proceso, del embargo ni de su ejecución. Como algunos de los inmuebles se habían vendido

tras la subasta pública a terceros protegidos por la fe pública registral, la actora solicitó subsidiariamente en la demanda que se condenara a uno de los demandados a abonar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de que se le repusiera en el dominio de tales inmuebles. El JPI desestimó la demanda. Recurrida en apelación la sentencia de instancia fue confirmada por la AP. Finalmente, la actora interpuso recurso de casación ante el TS que fue estimado. El TS condenó a uno de los demandados a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de restituirle en los inmuebles enajenados (cumplimiento por equivalente).

STS, 1.^a, 16.12.1997 (Pte. Almagro Nosete) [RJ 1997/8689].

Algunos socios de un club de fútbol fueron sancionados mediante diversos expedientes disciplinarios a la pérdida de su condición de socios. Por este motivo, interpusieron demanda frente al citado club de fútbol solicitando su readmisión. El JPI estimó la excepción aducida por la demandada de falta de jurisdicción. En grado de apelación, la AP estimó parcialmente el recurso declarando la nulidad e ineeficacia de las resoluciones recaídas en los expedientes disciplinarios. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados pero estimó el deducido por los demandantes en el sentido de anular la sentencia recurrida y estimar íntegramente la demanda.

El problema surgió cuando a lo largo del proceso judicial el referido club de fútbol se convirtió en Sociedad Anónima Deportiva, lo que hizo imposible la readmisión de los socios expulsados. Por este motivo, el TS afirmó que es posible la sustitución de la pretensión de los actores por una indemnización de los daños y perjuicios producidos (cumplimiento por equivalente).

STS, 1.^a, 4.11.1997 (Pte. O'Callaghan Muñoz) [RJ 1997/7928].

Un profesor de la Universidad de Santiago de Compostela celebró un contrato de depósito con el Rector de dicha Universidad. Los objetos quedaron en depósito en el Observatorio Astronómico de la Universidad. Como algunos de los objetos depositados fueron destruidos, el profesor (demandante) demandó al Rector de la Universidad (demandado) por incumplimiento de la obligación de devolver las cosas depositadas. El actor solicitó una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la destrucción de los objetos depositados. El JPI desestimó la demanda. La AP confirmó íntegramente la anterior. Interpuesto recurso de casación por el

actor, el TS declaró haber lugar al mismo. El TS afirmó que la obligación de restitución es «indiscutible» en este caso. Añadió que cuando no es posible exigir el cumplimiento específico en forma forzosa debe acudirse al cumplimiento por equivalencia.

SAP Sevilla, 5.^a, 15.10.1997 (Pte. Gallardo Correa)
[AC 1997/2279].

Los propietarios de unas viviendas demandaron a la sociedad vendedora reclamándole la reparación de algunos desperfectos y deficiencias en la construcción. La sociedad demandada interpuso a su vez demanda reconvencional. El JPI estimó en parte la demanda condenando a la sociedad vendedora a pagar a los actores una cantidad de dinero en concepto de indemnización por los citados desperfectos. También estimó la demanda reconvencional y condenó a los actores a pagar a la demandada una cantidad de dinero. Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación. La AP estimó parcialmente el recurso de la demandada y revocó la sentencia de instancia en el sentido de condenar a la vendedora a la reparación de todos los defectos y carencias detectadas en la construcción de las viviendas (en lugar de pagar la indemnización). En cuanto al recurso de los demandantes fue estimado por la AP absolviendo a los actores, de la reconvenCIÓN formulada por la demandada.

STS, 1.^a, 20.5.1997 (Pte. Almagro Nosete) [RJ 1997/3890].

Las partes formalizaron un contrato de compraventa de vivienda de determinadas características que el vendedor se comprometió a construir. Transcurrido el plazo de entrega, los compradores requirieron al vendedor para la transmisión de la vivienda, quien respondió que no se habían logrado los beneficios derivados de las viviendas de protección oficial y se habían producido algunos problemas de financiación de la obra. Por todo ello, la construcción dejó de ser rentable y fue cedida la titularidad de la finca a una mercantil, quien habría de finalizar la obra atendiendo a los precios de mercado ordinarios. Los compradores demandaron al vendedor y a la mercantil solicitando el cumplimiento del contrato. El JPI desestimó la demanda y recurrida en apelación esta sentencia fue confirmada por la AP. El actor recurrió en casación ante el TS quien declaró haber lugar al recurso. Como la vivienda objeto del contrato suscrito por las partes había sido enajenada a terceros protegidos por la fe pública registral, el TS condenó a ambos codemandados a que indemnizaran solidariamente al actor *ex* artículo 1.101 Cc los

daños y perjuicios causados por la imposibilidad de entregarle la vivienda objeto del contrato de compraventa (cumplimiento por equivalente).

STS, 1.^a, 30.1.1997 (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez) [RJ 1997/846].

Don Alfredo G. R (vendedor) y don José M. C. (comprador) celebraron un contrato de compraventa cuyo objeto fueron dos locales comerciales. Don José M. C. pagó parte del precio al vendedor, quedando pendiente un total de 19.000.000 de pesetas como resto del precio. Ante el incumplimiento del vendedor en la entrega de los locales, don José M. C. interpuso una demanda frente a la otra parte contratante solicitando el cumplimiento «*in natura*» de dicha obligación de entrega. Finalmente, el Tribunal Supremo condenó al vendedor, entre otras cosas, al otorgamiento de la escritura pública de los locales objeto de la venta contra el pago del resto del precio. La sentencia devino firme.

Como en ese momento el cumplimiento específico por parte del vendedor devino objetivamente imposible, la AP ordenó el cumplimiento por equivalencia. Se fijó la indemnización en 1.000.000 de pesetas, en concepto de daños, y en 38.000.000 de pesetas, en concepto de perjuicios.

Recurrido en apelación el auto por el que se fijaron estos montantes, el Tribunal Provincial sostuvo que para cuantificar los daños debía partirse del valor de los referidos locales, que fue fijado en 79.700.000 pesetas, con independencia de que ese precio coincidiera con el acordado en el contrato de compraventa. De esta cantidad (79.700.000 pesetas) había de descontarse el resto del precio que el comprador debía entregar al vendedor. El problema surgió cuando la AP consideró que esta parte del precio (19.000.000 de pesetas) también debía ser actualizada a los efectos de ser descontada del montante señalado. Y este fue precisamente uno de los motivos por los cuales, el comprador recurrió en casación este auto. Este motivo aducido por el comprador, en contra de la actualización del resto del precio debido al vendedor, fue estimado por el TS que no consideró adecuado actualizar el resto del precio.

STS, 1.^a, 4.12.1995 (Pte. Morales Morales) [RJ 1995/9160].

Una entidad mercatil (vendedora) celebró un contrato de compraventa con don Hillardus-Jan D. cuyo objeto fueron dos apartamentos. Una vez perfeccionada la venta don Hillardus-Jan D. renunció a todos los derechos derivados de la compraventa y cedió

su posición de comprador a su compañera sentimental doña Augusta Johanna L., lo cual fue aceptado por la vendedora. Doña Augusta Johanna L. y su hija doña Elvira Ángela María M. P. tomaron posesión de los apartamentos objeto de la venta pero sin elevar a público el contrato privado. Años más tarde falleció doña Augusta Johanna L. En su testamento instituyó como única y universal heredera a su mencionada hija doña Elvira Ángela María M. P. Tres años más tarde y a pesar de que la vendedora conoció y consintió la cesión de derechos señalada, otorgó escritura pública de venta de los mismos apartamentos a favor de don Hillardus-Jan D., quien a su vez los vendió a terceros que tras inscribir ambas transmisiones adquirieron la condición de terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Tras estos acontecimientos, doña Elvira Ángela María M. P. demandó a la mercantil vendedora solicitando al juez que se declarara que ella era la titular de todos los derechos y obligaciones derivados del mencionado contrato de compraventa y que se condenara a la vendedora a que elevara a público el contrato privado de compraventa. Subsidiariamente, y para el caso de que resultara imposible el cumplimiento de lo anterior, la actora solicitó a la mercantil demandada una indemnización en concepto de los daños y perjuicios derivados de la desposesión de los apartamentos (cumplimiento por equivalente).

El JPI no sólo estimó los pedimentos contenidos en la demanda sino que además condenó a la demandada: a) a entregar y otorgar escritura pública a favor de la demandante de dos apartamentos similares que pudieran estar vacantes en el edificio, b) a indemnizar a la actora por un montante equivalente al precio de los apartamentos en el caso de que la demandada no cumpliera lo dispuesto en la letra a) en el plazo de cuatro meses y c) en cualquier de los dos casos a una indemnización de daños y perjuicios mensual hasta que se otorgara escritura pública o se pagara la indemnización de la letra b).

En grado de apelación, la AP estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmó la sentencia de instancia revocando los pronunciamientos a) y b) señalados en el párrafo anterior. La actora interpuso recurso de casación ante el TS, que fue estimado en parte al considerar que la fecha para fijar el valor de los apartamentos debía ser la de interposición de la demanda y no otra.

STS, 1.^a, 25.7.1995 (Pte. Almagro Nosete) [RJ 1995/6202].

Las partes suscribieron un contrato de ejecución de obras. Tras diversos retrasos injustificados en la ejecución de las mismas, una de las partes contratantes demandó a la otra el cumplimiento de lo

pactado. El JPI estimó la demanda y condenó a la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos. La AP estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. Presentado recurso de casación por la parte demandada, el TS declaró haber lugar parcialmente al recurso. El TS afirmó que el cumplimiento por equivalente es el medio para compensar los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento contractual.

STS, 1.^a, 16.3.1995 (Pte. Villagómez Rodil) [RJ 1995/2661].

Varias personas celebraron una serie de contratos de compraventa con una comunidad de propietarios cuyo objeto fueron unas plazas de garaje situadas en los bajos de un edificio. Tras la venta, se anexionaron algunas plazas de garaje a uno de los locales del edificio. Los compradores demandaron el cumplimiento de los contratos al vendedor. En esta sentencia, el TS casa y anula parcialmente la resolución dictada por la AP en grado de apelación y revoca también parcialmente la sentencia pronunciada por el JPI. El TS permitió así a los recurrentes en casación (los demandantes) hacer efectiva la sentencia de la AP que, a pesar de estimar la demanda de los actores, impedía la ejecución de la sentencia por contradicción. Además, el TS condenó solidariamente a los demandados a indemnizar a los actores con una cantidad equivalente al valor económico actualizado de las correspondientes plazas (valor de mercado), para el caso de que resultara imposible la entrega de las mismas por causas objetivas y debidamente apreciadas.

STS, 1.^a, 27.2.1995 (Pte. Villagómez Rodil) [RJ 1995/1650].

Una entidad promotora realizó la construcción de un edificio en un solar de su propiedad otorgando escritura de declaración de obra nueva y división horizontal que causó inscripción registral. En dicha escritura se hizo constar que la edificación contaba con cinco portales de entrada. En los estatutos de la comunidad se indicó expresamente que los portales se integraban en los elementos comunes. No obstante lo anterior, la promotora modificó el proyecto inicial variando los portales mencionados del edificio y materializó su construcción de forma distinta a como aparecían en el Registro de la Propiedad. Los portales 2 y 3 formaron una entrada única y fueron trasladados. La ubicación del portal 4 también fue modificada. Los espacios que inicialmente estaban asignados a los portales se convirtieron en locales situados en la planta baja del edificio y la promotora los vendió a terceros que inscribieron la transmisión en el Registro de la Propiedad. Los propietarios de las

viviendas del edificio demandaron a la promotora y a los propietarios de los locales reivindicándolos como partes integrantes de los elementos comunes del edificio.

El JPI no entró a conocer sobre el fondo del asunto debido a un defecto procesal y, por ello, absolvió a los demandados. Los actores interpusieron entonces recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la AP, condenando a la promotora a que abonara a la comunidad de propietarios los correspondientes daños y perjuicios. La promotora y los propietarios de los portales 2 y 3 formularon sendos recursos de casación. El de la promotora fue desestimado por el TS. El interpuesto por los propietarios de los portales 2 y 3 fue acogido. El TS declaró que los terceros adquirentes de los locales no quedaron protegidos por la fe pública registral y, por este motivo, no resultaba imposible la prestación originaria. Ello supuso, en este caso, la inaplicabilidad del cumplimiento por equivalencia, en la medida en que este remedio sólo se aplica cuando no se puede llevar a cabo la prestación originaria o la misma se hace totalmente «dificultosa».

STS, 1.^a, 28.11.1994 (Pte. González Poveda) [RJ 1994/8631].

Las partes celebraron un contrato privado de compraventa de una finca rústica. El comprador demandó al vendedor solicitando, entre otras cosas, la entrega de la finca, la elevación a público del contrato privado y una indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El JPI estimó la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la AP en grado de apelación. El demandado interpuso recurso de casación que fue igualmente desestimado por el TS.

STS, 1.^a, 27.5.1994 (Pte. Fernández-Cid de Temes)
[RJ 1994/3756].

El Ayuntamiento de Tafalla interpuso demanda frente a Acensa, S.A. en reclamación de cantidad. Acensa, S.A. transmitió la totalidad de su instalación industrial (equipo, instalaciones, servicios, etc.) a Vizcaluña, S.A. Más tarde, Acensa, S.A. quebró aunque los efectos de la quiebra se retrotrajeran a una fecha anterior a la enajenación de la instalación. Por ello, la sentencia de instancia fue recurrida en apelación ante la AP por el propio Ayuntamiento, con el objeto de ejercitar la acción subrogatoria del artículo 1.111 Cc contra Vizcaluña y solicitar la nulidad de algunos contratos celebrados por la quebrada (incluido el de la transmisión mencionada). La AP estimó el recurso del Ayuntamiento y repuso las cosas al estado en el que se encontraban al tiempo de la celebración de

los contratos. Por el tiempo transcurrido no fue posible una restitución «in natura» de la prestación pactada en los contratos declarados nulos. Por ello, el Ayuntamiento solicitó el equivalente del valor de los bienes que habría de determinarse en ejecución de sentencia. Vizcaluña, S.A. recurrió en casación la sentencia de la AP, si bien el TS declaró no haber lugar al recurso.

STS, 1.^a, 15.2.1994 (Pte. Ortega Torres) [RJ 1994/1316].

Un jugador de fútbol, pocos meses después de ser contratado por Unión Deportiva Salamanca, contrató la prestación de sus servicios con Levante Unión Deportiva. Por este motivo, se produjo un incumplimiento contractual que dio lugar a la interposición de una demanda por parte de U. D. Salamanca. El JPI estimó la demanda, y la sentencia fue confirmada más tarde por la AP. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, porque la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento provocada por el propio deudor no exonera de responsabilidad a éste.

STS, 1.^a, 25.1.1993 (Pte. Almagro Nosete) [RJ 1993/356].

Los actores solicitaron la realización de cuantas obras e instalaciones fuesen necesarias para la subsanación de los vicios existentes en la construcción de las viviendas que habían adquirido. El JPI estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados a subsanar las deficiencias comprendidas en la demanda. Los demandados apelaron la sentencia de instancia si bien la AP desestimó los recursos. Uno de los demandados (aparejador en el proceso constructivo) interpuso entonces el recurso de casación que fue desestimado por el TS.

STS, 1.^a, 16.7.1992 (Pte. Malpica González-Elipe)
[RJ 1992/6623].

Una comunidad de propietarios demandó a la promotora y otros agentes intervenientes en la construcción por determinados vicios existentes en el edificio y por defectos en el proyecto que afectaban a la solidez y estabilidad de lo construido. El JPI estimó la demanda y condenó a los demandados a pagar a la actora el coste de las reparaciones. Apelada la sentencia de instancia fue revocada parcialmente por la AP, en el sentido de condenar exclusivamente a los arquitectos autores del proyecto y proyección. Precisamente fueron éstos quienes recurrieron la sentencia de la AP en casación ante el TS. El recurso fue desestimado.

STS, 1.^a, 30.12.1991 (Pte. Almagro Nosete) [RJ 1991/9607].

Una persona física demandó a dos mercantiles por incumplimiento de un contrato de permuta que las partes habían suscrito. Las mercantiles reconvinieron. El contrato consistía en que una de las partes (la persona física) entregaba un solar de su propiedad a la otra (las mercantiles) y a cambio recibía una cuota de participación en lo edificado. En el mencionado contrato, junto a numerosas previsiones sobre posibles incumplimientos y obligaciones complementarias, se garantizó el cumplimiento de la prestación debida al propietario del solar con unas letras de cambio que éste podría cobrar a su vencimiento en concepto de indemnización económica. Transcurrido el plazo para la entrega de la participación en lo edificado sin que el propietario del solar recibiera su prestación éste procedió a cobrar las cambiales, indicando a la otra parte que dicho cobro no significaba renunciar a la prestación originaria debida sino simplemente evitar que las cambiales se perjudicaran. Las mercantiles interpretaron el cobro de las letras de cambio como un cumplimiento sustitutorio que les eximía de realizar la prestación principal derivada del contrato de permuta suscrito. El JPI estimó parcialmente la demanda y la reconvención. La AP también estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por actor y demandadas, resolviendo el contrato y reconociendo el derecho del actor a ser indemnizado por las demandadas en una cantidad equivalente al valor de mercado actual de las fincas que le hubiera correspondido recibir. Nuevamente, ambas partes procesales interpusieron sendos recursos de casación ante el TS. Todos los recursos fueron desestimados.

STS, 1.^a, 12.6.1991 (Pte. Marina Martínez-Pardo) [RJ 1991/4448].

Las partes celebraron varios contratos de compraventa que tenían por objeto una finca. El JPI declaró inexistentes los contratos y condenó a los demandados a devolver la finca objeto de los mismos con sus frutos y, en caso de que no se pudiera restituir la finca al actor, se condenó a los demandados a indemnizar por daños y perjuicios. En grado de apelación, la AP confirmó la sentencia de instancia a excepción de los intereses legales. Los demandados interpusieron entonces recurso de casación ante el TS que declaró no haber lugar al mismo.

STS, 1.^a, 12.12.1990 (Pte. González Poveda) [RJ 1990/9999].

Ante determinados vicios en la construcción, la comunidad de propietarios ejercitó la acción derivada del artículo 1.591 Cc contra

la entidad promotora del edificio y el director de obra autor del proyecto. El JPI absolvio al director de obra pero condenó a la promotora a indemnizar a los demandantes por un importe equivalente al valor de los desperfectos existentes. La AP confirmó la sentencia de instancia. La promotora interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TS.

STS, 1.^a, 21.11.1990 (Pte. Casares Córdoba) [RJ 1990/9012].

Los hechos de esta sentencia son prácticamente idénticos a los de la STS, 1.^a, 12.12.1990 (Pte. González Poveda). Véase.

STS, 1.^a, 20.2.1989 (Pte. González Poveda) [RJ 1989/1212].

Los hechos de esta sentencia son prácticamente idénticos a los de la STS, 1.^a, 12.12.1990 (Pte. González Poveda). Véase.

ATS, 3.^a, 21.3.1988 (Pte. Bruguera Manté) [RJ 1988/2241].

El Ayuntamiento de Granollers debía una cantidad de dinero a C.C., S.A. por razón de varias certificaciones de obra. Más tarde, las obras fueron cedidas a varias personas físicas y así se notificó al Ayuntamiento. A pesar de ello, el Ayuntamiento no pagó las citadas deudas a los cesionarios, por lo que interpusieron la correspondiente demanda. El Ayuntamiento fue condenado a pagar lo debido a los actores y el TS confirmó dicha condena.

Tras el proceso judicial, el Ayuntamiento promovió ante la AP un incidente procesal de inejecución de sentencia por supuesta imposibilidad de cumplir en sus propios términos la condena impuesta. La AP rechazó el incidente. En este ATS se confirmó el auto apelado de la AP.

ATS, 3.^a, 13.6.1988 (Pte. Bruguera Manté) [RJ 1988/4375].

Se parte de una sentencia de la AP confirmada por el TS en la que anulando una resolución administrativa se condenó al Concejo de Auza (Navarra) a restablecer un camino de acceso a una parcela. El recurrente pretendió la ejecución de la sentencia aunque sin éxito. Ello dio lugar a numerosas actuaciones procesales encaminadas a obligar al Concejo a cumplir con lo señalado en la sentencia firme. Tras un nuevo escrito presentado por el recurrente, la AP dictó un auto exigiendo al Concejo el cumplimiento de la sentencia firme. Ese auto tampoco se cumplió. El Concejo alegó: a) que había cedido en usufructo a un tercero el terreno por donde debía discu-

rrir el camino de acceso a cuya construcción estaba obligado (el terreno había sido ocupado con un embalse) y b) que se habían construido otros accesos a la parcela que hacían innecesaria la construcción del exigido en la sentencia. La AP, a la vista de lo expuesto, dictó un nuevo auto en el cual afirmó que el restablecimiento del camino había tenido lugar por sustitución. Este último auto fue apelado ante el TS quien lo revocó y declaró que el Concejo debía restablecer el camino de acceso a la parcela «sin excusa ni pretexto alguno». El TS basó su decisión en que la construcción del camino era posible mediante la ejecución de las obras necesarias encaminadas a tal fin.

STS, 1.^a, 27.10.1987 (Pte. Barcalá Trillo-Figueroa)
[RJ 1987/7476].

Una comunidad de propietarios demandó a una mercantil y algunas personas físicas solicitando la reparación de determinados desperfectos que se habían detectado en la construcción del edificio. El JPI estimó parcialmente la demanda. La AP confirmó la sentencia a excepción de una de las reparaciones (sustitución de los ladrillos de un patio interior por otros de mayor calidad), que fue sustituida por una indemnización sustitutoria. Algunos demandados interpusieron recursos de casación contra la sentencia de la AP. Los recursos fueron desestimados.

STS, 1.^a, 21.10.1987 (Pte. Barcalá Trillo-Figueroa)
[RJ 1987/7308].

Un constructor realizó una serie de trabajos de reparación y reforma en una vivienda. El constructor demandó al propietario de la vivienda reclamando el pago del importe pendiente de los trabajos efectuados. El demandado reconviño solicitando al actor la diferencia entre el coste de los trabajos realizados por otra empresa para subsanar los defectuosamente realizados por el actor y el importe debido a éste. El JPI desestimó tanto la demanda como la reconvenCIÓN. Recurrida la sentencia en apelación, la AP desestimó nuevamente la reconvenCIÓN pero estimó la demanda. El demandado interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TS.

STS, 1.^a, 4.11.1985 (Pte. Beltrán de Heredia y Castaño)
[RJ 1985/5509].

Las partes suscribieron un contrato de arrendamiento de una vivienda en régimen de protección oficial. Este contrato fue seguido

de otro denominado de «promesa de venta» el cual establecía la obligación de vender esa vivienda en el plazo de ocho años por un determinado precio. El cumplimiento de ese precontrato (contrato perfecto, en realidad) quedaba exclusivamente condicionado a que el vendedor consiguiese del Ministerio de la vivienda la correspondiente autorización que él mismo se comprometió a gestionar. Transcurrido el plazo sin que el comprador tuviera noticias de la obtención de la autorización se puso en contacto con el vendedor a quien le reclamó el cumplimiento de lo pactado. Tras el silencio del vendedor tuvo lugar un acto de conciliación en el cual se le manifestó al comprador que el edificio en el que se ubicaba la vivienda objeto del contrato había sido vendido en bloque a las hijas del vendedor. El comprador demandó el cumplimiento del contrato, si bien el JPI desestimó la demanda. La AP (entonces AT) revocó parcialmente la sentencia recurrida en apelación condenando a uno de los demandados a que indemnizara al actor por daños y perjuicios en una cantidad equivalente al valor de venta de un piso de similares características, ubicación y superficie que había sido objeto del contrato, con deducción del resto del precio que aún debía el comprador. El demandado condenado por la AP formuló recurso de casación ante el TS que fue desestimado en su totalidad.

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. 062, de 11 de marzo de 2010; L, núm. 101, de 22 de abril de 2010.**

COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

2. **Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). *DOUE*, L, núm. 95, de 15 de abril de 2010.**

COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

3. **Decisión de la Comisión, de 21 de mayo de 2010, que deroga la Decisión 2002/627/CE por la que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. *DOUE*, L, núm. 127, de 26 de mayo de 2010.**

CONSUMIDORES

4. **Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, sobre el uso de una metodología armonizada para la clasificación y notificación de las reclamaciones y consultas de los consumidores. *DOUE*, L, núm. 136, de 2 de junio de 2010.**
5. **Corrección de errores de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contra-**

tos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. DO L 133 de 22.5.2008. DOUE, L, núm. 199, de 31 de julio de 2009.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

6. **Reglamento (EU) núm. 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. DOUE, L, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.**
7. **Reglamento (EU) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE, L, núm. 202, de 23 de abril de 2010.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

8. **Reglamento de Ejecución (EU) núm. 210/2010 del Consejo, de 25 de febrero de 2010, por el que se modifican las listas de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y se codifican los anexos A, B y C de dicho Reglamento. DOUE, L, núm. 065, de 13 de marzo de 2010.**
9. **Reglamento (EU) núm. 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE, L, núm. 119, de 13 de mayo de 2010.**
10. **Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE, L, núm. 140, de 8 de junio de 2010.**
11. **Decisión del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal. DOUE, C, núm. 189, de 22 de julio de 2010.**

TRANSPORTES

12. **Directiva 2010/61/UE de la Comisión, de 2 de septiembre de 2010, por la que se adaptan por primera vez al progreso científico y técnico los anexos de la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y**

**del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas.
DOUE, L, núm. 233, de 3 de septiembre de 2010.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

COMERCIO INTERNACIONAL

13. **Refuerzo del papel de las PYME europeas en el comercio internacional. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre el refuerzo del papel de las PYME europeas en el comercio internacional [(2008/2205(INI)]. DOUE, C, núm. 067 E, de 18 de marzo de 2010.**
14. **Comercio internacional e Internet Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre comercio internacional e Internet [(2008/2204(INI)]. DOUE, C, núm. 067 E, de 18 de marzo de 2010.**

CONSUMIDORES

15. **Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2009, sobre la protección de los consumidores, en particular de los menores, por lo que se refiere al uso de juegos de vídeo [2008/2173(INI)]. DOUE, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**
16. **Posición (EU) núm. 4/2010 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004. Adoptada por el Consejo el 11 de marzo de 2010. DOUE, C, núm. 122 E, de 11 de mayo de 2010.**
17. **Posición (EU) núm. 5/2010 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004. Adoptada por el Consejo el 11 de marzo de 2010. DOUE, C, núm. 122 E, de 11 de mayo de 2010.**
18. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores, COM(2008) 794 final. DOUE, C, núm. 128, de 18 de mayo de 2010.**
19. **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 ejercitarse una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. DOUE, C, núm. 167, de 25 de junio.**

20. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2009, respecto de la Posición Común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la 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 [(16497/1/2008 – C6-0068/2009 – 2007/0248(COD)]. *DOUE*, C, núm. 212 E, de 5 de agosto de 2010.**
21. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en segunda lectura el 6 de mayo de 2009 con vistas a la adopción de la Directiva 2009/.../ 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. 212 E, de 5 de agosto de 2010.**

DERECHO DE INTERNET

22. **Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo, de 26 de marzo de 2009, sobre el refuerzo de la seguridad y de las libertades fundamentales en Internet. *DOUE*, C, núm. 117 E, de 6 de mayo de 2010.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

23. **Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. *DOUE*, C, núm. 82, de 30 de marzo de 2010.**
24. **Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)]. *DOUE*, C, núm. 11E, de 6 de mayo de 2010.**
25. **Comisión europea. Directrices relativas a las restricciones verticales. *DOUE*, C, núm. 130, de 19 de mayo de 2010.**

DERECHOS FUNDAMENTALES

26. **Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *DOUE*, C, de 30 de marzo de 2010.**

DERECHO MARÍTIMO

27. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2009, sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. PE- CONS 3724/2008 – C6 – 0047/2009 – 2005/0241 (COD). DOUE, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**
28. **Seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo. II Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2009, respecto de la Posición Común del Consejo para la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo [14287/2/2008 – C6 – 0483/2008 – 2005/0242(COD)]. DOUE, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

29. **Dictamen del Comité de las Regiones «El Programa de Estocolmo: Retos y oportunidades para un nuevo programa multianual para el espacio de libertad, seguridad y justicia de la EU». DOUE, C, núm. 79, de 27 de marzo de 2010.**
30. **Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil [(2008/2180(INI)]. DOUE, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**
31. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», COM(2009) 262 final. DOUE, C, núm. 128, de 18 de mayo de 2010.**
32. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de mayo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos bilaterales entre Estados miembros y terceros países relativos a asuntos sectoriales y que incluyan disposiciones sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales [COM(2008)0893 – C6-0001/2009 – 2008/0259(COD)]. DOUE, C, núm. 212 C, de 5 de agosto de 2010.**
33. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 7 de mayo de 2009 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2009 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones con-**

tractuales y extracontractuales. *DOUE*, C, núm. 212 C, de 5 de agosto de 2010.

34. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de mayo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos bilaterales entre Estados miembros y terceros países relativos a asuntos sectoriales y que incluyan disposiciones sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligación de alimentos, así como sobre la ley aplicable en materia de obligación de alimentos [COM(2008)0894 – C6-0035/2009 – 2008/0266(CNS)]. *DOUE*, C, núm. 212 C, de 5 de agosto de 2010.**

INSTITUCIONES

35. **Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1991. *DOUE*, C, núm. 177, de 2 de julio de 2010.**
36. **Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General de 2 de mayo de 1991. *DOUE*, C, núm. 177, de 2 de julio de 2010.**
37. **Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea de 25 de julio de 2007. *DOUE*, C, núm. 177, de 2 de julio de 2010.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

38. **Resolución del Consejo, de 1 de marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior. *DOUE*, C, núm. 56, de 6 de marzo de 2010.**
39. **Conclusiones del Consejo, de 25 de mayo de 2010, sobre la futura revisión del sistema de marcas en la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 140, de 29 de mayo de 2010.**

SOCIEDADES

40. **Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa [2008/2196(INI)]. *DOUE*, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**
41. **Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la iniciativa denominada «Small Business Act» [(2008/2237(INI)]. *DOUE*, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**

42. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea [COM(2008)0396 – C6 – 0283/2008 – 2008/0130(CNS)]. DOUE, C, núm. 87 E, de 1 de abril de 2010.**

TRATADOS

43. **Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE, C, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.**
44. **Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. DOUE, C, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

AYUDAS DE ESTADO

45. **Asunto T-163/05: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2010 – Bundesverband deutscher Banken/Comisión. Ayudas de Estado – Transferencia de activos públicos a Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale – Decisión que declara la ayuda parcialmente incompatible con el mercado común y ordena su recuperación – Criterio del inversor privado – Obligación de motivación. DOUE, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.**
46. **Asunto T-36/06: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2010 – Bundesverband deutscher Banken/Comisión. Ayudas de Estado – Transferencia de activos públicos a Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale – Decisión que declara que la medida notificada no es una ayuda – Criterio del inversor privado – Obligación de motivación – Dificultades serias. DOUE, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.**
47. **Asuntos acumulados T-102/07 y T-120/07: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2010 – Freistaat Sachsen y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Ayuda concedida por Alemania en forma de aportación y de garantías de préstamos – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Régimen general de ayudas aprobado por la Comisión – Concepto de empresa en crisis – Directrices sobre ayudas estatales de salvamiento y de reestructuración de empresas en crisis – Importe de la ayuda – Obligación de motivación. DOUE, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.**
48. **Asunto C-1/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por**

el Conseil d'État – Francia. Centre d'exportation du livre français (CELF), en liquidación, Ministre de la Culture et de la Communication/Société internationale de diffusion et d'édition. Ayudas de Estado – Artículo 88 CE, apartado 3 – Ayudas ilegales declaradas compatibles con el mercado común – Anulación de la Decisión de la Comisión – Órganos jurisdiccionales nacionales – Solicitud de recuperación de ayudas ejecutadas de forma ilegal – Suspensión del procedimiento hasta la adopción de una nueva Decisión de la Comisión – Circunstancias excepcionales que podrían limitar la obligación de restitución. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.

49. Asunto T-94/08: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2010 – Centre de coordination Carrefour/Comisión. Recurso de anulación – Ayudas de Estado – Régimen de ayudas en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica – Nueva decisión de la Comisión adoptada tras una anulación parcial por parte del Tribunal de Justicia – Inexistencia de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
50. Asunto T-189/08: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2010 – Forum 187/Comisión. Recurso de anulación – Ayudas de Estado – Régimen de ayudas en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica – Nueva decisión de la Comisión adoptada tras una anulación parcial por parte del Tribunal de Justicia – Asociación – Inexistencia de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
51. Asunto C-150/09 P: Auto del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2010 – Iride SpA, Iride Energia SpA/Comisión Europea. Recurso de casación – Ayudas de Estado – Ayuda declarada compatible con el mercado común a condición de que su beneficiario reembolse una ayuda anterior declarada ilegal – Compatibilidad con el artículo 87 CE, apartado 1 – Errores de Derecho – Desnaturalización de las alegaciones de las recurrentes – Falta de motivación – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
52. Asuntos acumulados T-529/08 a T-531/08: Auto del Tribunal General de 13 de abril de 2010 – Diputación Foral de Álava y otros/Comisión. Recurso de anulación – Ayudas de Estado – Ventajas fiscales – Recuperación de ayudas estatales declaradas ilegales – APLICACIÓN de un régimen de interés compuesto – Acto confirmatorio – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
53. Asunto C-138/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Ordinario di Palermo – Italia – Todaro Nunziatina & C. SNC/Assessorato del Lavoro e della Previdenza Sociale, della Formazione Professionale e dell'Emigrazione della regione Sicilia – Remisión prejudicial – Ayudas de Estado – Decisiones de la Comisión – Interpretación – Ayudas concedidas por la Región de

Sicilia a empresas que celebran contratos de formación y empleo o transforman tales contratos en contratos indefinidos – Fecha límite de concesión de las ayudas – Límites presupuestarios – Intereses de demora – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.

54. **Asunto C-210/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de mayo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative d'appel de Nantes – Francia – Scott SA, Kimberly Clark SNC, actualmente «Kimberly Clark SAS»/Ville d'Orléans. Ayuda de Estado – Reglamento (CE) núm. 659/1999 – Artículo 14, apartado 3 – Recuperación de la ayuda – Principio de efectividad – Liquidaciones con vicios de forma – Anulación.** *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
55. **Asuntos acumulados T-425/04, T-444/04, T-450/04 y T-456/04: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2010 – Francia/Comisión. Ayudas de Estado – Medidas financieras a favor de France Télécom – Proyecto de anticipo de accionista – Declaraciones públicas de un miembro del Gobierno francés – Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común y no ordena su recuperación – Recurso de anulación – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – Concepto de ayuda de Estado – Ventaja – Recursos estatales – Obligación de motivación.** *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
56. **Asuntos T-128/08 y T-241/08: Auto del Tribunal General de 5 de mayo de 2010 – CBI y Abisp/Comisión (Ayudas de Estado – Subvenciones concedidas por las autoridades belgas a los hospitales públicos – Servicio de interés económico general – Denuncia – Supuesta decisión de archivar la denuncia – Adopción posterior de una decisión que declara la ayuda compatible con el mercado común – Sobreseimiento).** *DOUE*, C, núm. 195, de 17 de julio de 2010.
57. **Asunto C-140/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de junio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova – (Italia) – Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA/Presidenza del Consiglio dei Ministri (Ayudas de Estado – Subvenciones pagadas a una empresa de transporte marítimo que asume obligaciones de servicio público – Ley nacional que prevé la posibilidad de conceder anticipos antes de la aprobación de un convenio).** *DOUE*, C, núm. 209, de 31 de julio de 2010.
58. **Asunto T-177/07: Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2010 – Mediaset/Comisión. Ayudas de Estado – Telecomunicaciones – Subvenciones para la adquisición de descodificadores digitales – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Concepto de ayuda de Estado – Exclusión de los descodificadores que permiten la recepción de programas de televisión difundidos por vía satélite – Ventaja – Carácter selectivo – Perjuicio para la competencia – Obligación de motivación.** *DOUE*, C, núm. 209, de 31 de julio 2010.

59. **Asunto T-53/08: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – Italia/Comisión.** Ayudas de Estado – Compensación de una expropiación por causa de utilidad pública – Prórroga de una tarifa preferencial para el suministro de electricidad – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Concepto de ventaja – Principio de contradicción. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
60. **Asunto T-62/08: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Comisión.** Ayudas de Estado – Compensación de una expropiación por causa de utilidad pública – Prórroga de una tarifa preferencial para el suministro de electricidad – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Concepto de ventaja – Principio de protección de la confianza legítima – Ejecución de la ayuda. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
61. **Asunto T-63/08: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – Cementir Italia/Comisión.** Ayudas de Estado – Compensación de una expropiación por causa de utilidad pública – Prórroga de una tarifa preferencial para el suministro de electricidad – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Concepto de ventaja – Principio de protección de la confianza legítima – Ejecución de la ayuda. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
62. **Asunto T-64/08: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – Nuova Terni Industrie Chimiche/Comisión.** Ayudas de Estado – Compensación de una expropiación por causa de utilidad pública – Prórroga de una tarifa preferencial para el suministro de electricidad – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Concepto de ventaja – Principio de protección de la confianza legítima – Ejecución de la ayuda. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
63. **Asunto T-335/08: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – BNP Paribas y BNL/Comisión.** Ayudas de Estado – Medidas adoptadas por las autoridades italianas respecto de determinados bancos reorganizados – Régimen de reajuste de los valores fiscales de los activos – Decisión por la que se califica el régimen de ayudas de incompatible con el mercado común y se ordena la recuperación de la ayuda – Recurso de anulación – Afectación individual – Admisibilidad – Concepto de ayuda de Estado – Ventaja – Carácter selectivo – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
64. **Asuntos acumulados T-568/08 y T-573/08: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – M6 y TF1/Comisión** Ayudas de Estado – Servicio público de radiodifusión – Ayuda prevista por la República Francesa en favor de France Télévisions – Aportación de capital de 150 millones de euros – Decisión de no plantear objeciones – Servicio de interés económico general – Criterio de propor-

cionalidad – Inexistencia de dificultades serias. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.

65. **Asunto T-396/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2010 – Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt/Comisión Ayudas de Estado – Ayudas a la formación – Decisión por la que se declara la ayuda parcialmente compatible y parcialmente incompatible con el mercado común – Necesidad de la ayuda – Externalidades positivas – Obligación de motivación.** *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.

COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

66. **Asunto C-185/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de febrero de 2010 – Comisión Europea/Reino de Suecia. Incumplimiento de Estado – Directiva 2006/24/CE – Comunicaciones electrónicas – 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. 80, de 27 de marzo de 2010.
67. **Asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Giudice di Pace di Ischia – Italia. Rosalba Alassini/Telecom Italia SpA (C-317/08); Filomena Califano/Wind SpA (C-318/08); Lucia Anna Giorgia Iacono/Telecom Italia SpA (C-319/08); Multiservice Srl/Telecom Italia SpA (C-320/08). Petición de decisión prejudicial – Principio de tutela judicial efectiva – Redes y servicios de comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/22/CE – Servicio universal – Litigios entre usuarios finales y proveedores – Tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria.** *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.

CONSUMIDORES

68. **Asunto C-215/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de abril de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania. E. Friz GmbH/Carsten von der Heyden. Protección de los consumidores – Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales – Ámbito de aplicación de la Directiva 85/577/CEE – Incorporación a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con la forma jurídica de sociedad de Derecho civil – Revocación.** *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
69. **Asunto C-511/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de abril de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania. Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV (Directiva 97/7/CE – Protección de los consumidores – Contratos celebrados a distancia – Derecho de rescisión – Imputación al con-**

- sumidor de los gastos de envío del bien. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
70. Asunto C-63/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de mayo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona – Axel Walz/Clickair, S.A. Transportes aéreos – Convenio de Montreal – Responsabilidad de los transportistas en materia de equipaje facturado – Artículo 22, apartado 2 – Límites de responsabilidad en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje – Concepto de «daño» – Daños material y moral. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
71. Asunto C-484/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo – España – Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc). Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Cláusulas que definen el objeto principal del contrato – Control jurisdiccional de su carácter abusivo – Exclusión – Disposiciones nacionales más estrictas para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. *DOUE*, C, núm. 209, de 31 de julio de 2010.
- DERECHO DE LA COMPETENCIA**
72. Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Brosmann Footwear (HK) y otros/Consejo. Dumping – Importaciones de calzado con parte superior de cuero procedentes de China y de Vietnam – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Trato individual – Muestreo – Apoyo de la denuncia por parte de la industria de la Comunidad – Definición del producto afectado – Igualdad de trato – Perjuicio – Confianza legítima – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
73. Asuntos acumulados T-407/06 y T-408/06: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Zhejiang Aokang Shoes y Wenzhou Taima Shoes/Consejo. Dumping – Importaciones de calzado con parte superior de cuero procedentes de China y de Vietnam – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Trato individual – Muestreo – Derecho de defensa – Igualdad de trato – Perjuicio – Confianza legítima – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
74. Asuntos acumulados T-407/06 y T-408/06: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Zhejiang Aokang Shoes y Wenzhou Taima Shoes/Consejo. Dumping – Importaciones de calzado con parte superior de cuero procedentes de China y de Vietnam – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Trato individual – Muestreo – Derecho de defensa – Igualdad de trato – Perjuicio – Confianza legítima – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.

75. Asunto T-409/06: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Sun Sang Yuen Shoes Factory/Consejo. Dumping – Importaciones de calzado con parte superior de cuero procedentes de China y de Vietnam – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Muestreo – Falta de cooperación – Derecho de defensa – Perjuicio – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
76. Asunto T-410/06: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Foshan City Nanhai Golden Step Industrial/Consejo. Dumping – Importaciones de calzado con parte superior de cuero procedentes de China y de Vietnam – Determinación del valor normal calculado – Precio de exportación – Derecho de defensa – Perjuicio – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
77. Asunto C-419/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010 – Trubowest Handel GmbH, Viktor Makarov/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea. Recurso de casación – Dumping – Reglamento (CE) núm. 2320/97 por el que se establecen derechos antidumping definitivos con respecto a las importaciones de determinados tubos sin soldadura – Responsabilidad extracontractual – Perjuicio – Relación de causalidad. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
78. Asunto T-446/05: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 – Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del hilo industrial – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Concepto de infracción única – Definición del mercado – Multas – Límite máximo de la multa – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Derecho de defensa – Directrices para el cálculo del importe de las multas. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
79. Asunto T-448/05: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 – Oxley Threads/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del hilo industrial destinado a la industria del automóvil – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Directrices para el cálculo del importe de las multas. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
80. Asunto T-452/05: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 – BST/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del hilo industrial – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación – Responsabilidad extracontractual – Divulgación de informaciones de carácter confidencial – Perjuicio – Relación de causalidad. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.

81. **Asuntos acumulados T-456/05 y T-457/05:** Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 – Gütermann y Zwicky/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del hilo industrial – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Gravedad de la infracción – Repercusiones concretas en el mercado – Duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Proporcionalidad – Directrices para el cálculo del importe de las multas. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
82. **Asunto C-304/08:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de enero de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania). *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV/Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*. Directiva 2005/29/CE - Prácticas comerciales desleales - Normativa nacional que establece una prohibición por principio de las prácticas que supeditan la participación de los consumidores en un juego promocional a la adquisición de un bien o la contratación de un servicio. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
83. **Asunto T-11/05:** Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Wieland-Werke y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los tubos de cobre para fontanería – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Infracción continuada y multiforme – Principio de legalidad de las penas – Principio *non bis in idem* – Multas – Repercusiones concretas en el mercado – Dimensión del mercado afectado – Duración de la infracción – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
84. **Asunto T-18/05:** Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – IMI y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los tubos de cobre para fontanería – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Infracción continuada y multiforme – Interrupción de la participación – Multas – Participación limitada en la práctica colusoria. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
85. **Asunto T-19/05:** Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Boliden y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los tubos de cobre para fontanería – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Infracción continuada y multiforme – Multas – Prescripción – Cooperación. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
86. **Asunto T-20/05:** Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Outokumpu y Luvata/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los tubos de cobre para fontanería – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Tamaño del mercado afectado – Circunstancia agravante – Reincidencia. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.

87. Asunto T-21/05: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Chalkor/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los tubos de cobre para fontanería – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Infracción continua- da y multiforme – Multas – Participación limitada en la práctica colusoria – Extensión geográfica del mercado afectado – Duración de la infracción – Cooperación. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
88. Asunto T-25/05: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – KME Germany y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los tubos de cobre para fontanería – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Repercusiones concretas sobre el mercado – Tamaño del mercado afectado – Duración de la infracción – Capacidad contributiva – Cooperación. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
89. Asunto T-432/05: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2010 – EMC Development/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado cementero europeo – Decisión de desestima- ción de una denuncia – Norma armonizada para el cemento – Carácter vinculante – Directrices sobre la aplicabilidad del artícu- lo 81 CE a los acuerdos de cooperación horizontal. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
90. Asunto T-66/01: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2010 – Imperial Chemical Industries/Comisión Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de la sosa en el Reino Unido – Decisión por la que se declara una infracción del artícu- lo 82 CE – Prescripción de la facultad de la Comisión para imponer multas o sanciones – Plazo razonable – Formas sustanciales – Fuer- za de cosa juzgada – Existencia de posición dominante – Explota- ción abusiva de posición dominante – Perjuicio para el comercio entre Estados miembros – Multa – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
91. Asunto T-321/05: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010 – AstraZeneca/Comisión. Competencia – Abuso de posi- ción dominante – Mercado de los medicamentos contra la úlcera – Decisión que declara una infracción del artículo 82 CE – Definición de mercado – Limitaciones competitivas significativas – Utilización abusiva de los procedimientos relativos a los certificados comple- mentarios de protección de los medicamentos y de los procedimien- tos de autorización de comercialización de los medicamentos – Declaraciones engañosas – Cancelación de las autorizaciones de comercialización – Obstáculos a la comercialización de los medica- mentos genéricos y a las importaciones paralelas – Multas. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
92. Asunto T-342/07: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2010 – Ryanair/Comisión. Competencia – Concentraciones – Transporte aéreo – Decisión por la que se declara la incompatibili-

dad de una operación de concentración con el mercado común – Apreciación de los efectos de la operación sobre la competencia – Barreras para el acceso – Eficiencias – Compromisos. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.

93. Asunto T-411/07: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2010 – Aer Lingus Group/Comisión. Competencia – Concentraciones – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común – Concepto de concentración – Enajenación de la totalidad de las acciones adquiridas para restablecer la situación previa a la ejecución de la concentración – Negativa a ordenar medidas apropiadas – Incompetencia de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
94. Asunto C-441/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de junio de 2010 – Comisión Europea/Alrosa Company Ltd. Recurso de casación – Posición dominante – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Mercado mundial de diamantes en bruto – Compromisos individuales asumidos por una sociedad sobre la cancelación de sus compras de diamantes en bruto a otra sociedad – Decisión por la que se declaran obligatorios los compromisos individuales asumidos por una sociedad y se pone fin al procedimiento. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
95. Asunto C-407/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de julio de 2010 – Knauf Gips KG, anteriormente Gebr. Knauf Westdeutsche Gipswerke KG/Comisión Europea. Recurso de casación – Prácticas colusorias – Paneles de yeso – Acceso al expediente – Medios de prueba de cargo y de descargo – Concepto de «empresa» – Unidad económica – Sociedad responsable de la acción de la unidad económica – Alegación formulada por primera vez durante el procedimiento judicial. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

96. Asunto C-444/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ – República de Polonia) – Procedimiento de insolvencia abierto contra MG Probud Gdynia sp. z o.o. Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Procedimientos de insolvencia – Denegación por un Estado miembro del reconocimiento de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal competente de otro Estado miembro así como de las resoluciones relativas al desarrollo y a la terminación de dicho procedimiento de insolvencia. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.
97. Asunto C-233/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de enero de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud – República Checa – Milan Kyrian/

Celní úřad Tábor. Asistencia mutua en materia de cobro de créditos – Directiva 76/308/CEE – Facultad de control de los tribunales del Estado miembro en el que tiene su sede la autoridad requerida – Fuerza ejecutiva del título que permite la ejecución del cobro – Notificación del título en debida forma al deudor – Notificación en una lengua que el destinatario no comprende. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.

98. Asunto C-403/09 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de diciembre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Višje sodišče v Mariboru* – República de Eslovenia. *Jasna Detiček/Maurizio Sgueglia*. Cooperación judicial en materia civil – Materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Medidas provisionales sobre el derecho de custodia – Decisión ejecutiva en un Estado miembro – Traslado ilícito del menor – Otro Estado miembro – Otro órgano jurisdiccional – Atribución de la custodia del menor al otro progenitor – Competencia – Procedimiento prejudicial de urgencia. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.
99. Asunto C-381/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* – Alemania. – *Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl*. Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 5, número 1, letra b) – Competencia en materia contractual – Determinación del lugar de cumplimiento de la obligación – Criterios de distinción entre «compraventa de mercaderías» y «prestación de servicios». *DOUE*, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
100. Asunto C-19/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Wien* – Austria. *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH/Silva Trade, SA*. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, número 1, letras a) y b), segundo guión – Prestación de servicios – Contrato de agente comercial – Ejecución del contrato en varios Estados miembros. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
101. Asunto C-533/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de mayo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* – Países Bajos) – *TNT Express Nederland B.V./AXA Versicherung AG*. Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Convenios de los Estados miembros relativos a materias particulares – Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR). *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.

102. Asunto C-111/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresní soud v Chebu – República Checa – Česká podnikatelská pojišťovna a.s., Vienna Insurance Group/Michal Bilas. Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Recurso interpuesto por una aseguradora ante el tribunal de su domicilio para obtener el pago de una prima de seguro por parte del tomador del seguro domiciliado en otro Estado miembro – Comparecencia del demandado ante el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el litigio – No impugnación de la competencia y defensa en cuanto al fondo – Comparecencia atributiva de competencia. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
103. Asunto C-211/10 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de julio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria – Doris Povse/Mauro Alpago [Cooperación judicial en materia civil – Materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE)] núm. 2201/2003 – Traslado ilícito del menor – Medidas provisionales relativas a la facultad decisoria parental – Derecho de custodia – Resolución que ordena la restitución del menor – Ejecución – Competencia – Procedimiento prejudicial de urgencia. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

104. Asunto C-384/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Italia. Attanasio Group Srl/Comune di Carbognano. Artículos 43 CE y 48 CE – Normativa regional que establece distancias mínimas obligatorias entre las estaciones de servicio de distribución de carburantes – Competencia del Tribunal de Justicia y admisibilidad de la petición de decisión prejudicial – Libertad de establecimiento – Restricción. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.

MEDIO AMBIENTE

105. Asunto C-378/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Italia. Raffinerie Mediterranee SpA (ERG), Polimeri Europa SpA, Syndial SpA/Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero della Salute, Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare, Ministero delle Infrastrutture, Ministero dei Trasporti, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, Regione Siciliana, Assessorato Regionale Territorio ed Ambiente (Sicilia), Assessorato Regionale Industria (Sicilia), Prefettura di Siracusa, Istituto Superiore di Sanità, Commissario Delegato per Emergenza Rifiuti e Tutela Acque (Sicilia), Vice Commissario Delegato per Emergenza

Rifiuti e Tutela Acque (Sicilia), Agenzia Protezione Ambiente e Servizi Tecnici (APAT), Agenzia Regionale Protezione Ambiente (ARPA Sicilia), Istituto Centrale Ricerca Scientifica e Tecnologica Applicata al Mare, Subcommissario per la Bonifica dei Siti Contaminati, Provincia Regionale di Siracusa, Consorzio ASI Sicilia Orientale Zona Sud, Comune di Siracusa, Comune di Augusta, Comune di Melilli, Comune di Priolo Gargallo, Azienda Unità Sanitaria Locale N8, Sviluppo Italia Aree Produttive SpA, Invitalia (Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa SpA), anteriormente Sviluppo Italia SpA. Principio de quien contamina paga – Directiva 2004/35/CE – Responsabilidad medioambiental – Aplicabilidad *ratione temporis* – Contaminación anterior a la fecha prevista para la adaptación del Derecho interno a la Directiva y que ha continuado con posterioridad – Normativa nacional por la que se imputan los gastos de reparación de los daños vinculados a dicha contaminación a una pluralidad de empresas – Exigencia de que haya habido culpa o negligencia – Exigencia de un nexo causal – Contratos públicos de obras. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.

106. Asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de marzo de 2010. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Italia. Raffinerie Mediterranee SpA (ERG) (C-379/08), Polimeri Europa SpA, Syndial SpA/Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero della Salute, Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare, Ministero delle Infrastrutture, Ministero dei Trasporti, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, Regione siciliana, Assessorato regionale Territorio ed Ambiente (Sicilia), Assessorato regionale Industria (Sicilia), Prefettura di Siracusa, Istituto superiore di Sanità, Commissario Delegato per Emergenza Rifiuti e Tutela Acque (Sicilia), Vice Commissario Delegato per Emergenza Rifiuti e Tutela Acque (Sicilia), Agenzia Protezione Ambiente e Servizi tecnici (APAT), Agenzia regionale Protezione Ambiente (ARPA Sicilia), Istituto centrale Ricerca scientifica e tecnologica applicata al Mare, Subcommissario per la Bonifica dei Siti contaminati, Provincia regionale di Siracusa, Consorzio ASI Sicilia orientale Zona Sud, Comune di Siracusa, Comune di Augusta, Comune di Melilli, Comune di Priolo Gargallo, Azienda Unità sanitaria locale N. 8, Sviluppo Italia Aree Produttive SpA, Invitalia (Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa) SpA, anteriormente Sviluppo Italia SpA, ENI SpA (C-380/08)/Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare, Ministero dello Sviluppo economico, Ministero della Salute, Regione siciliana, Istituto superiore di Sanità, Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i Servizi tecnici, Commissario delegato per l'Emergenza rifiuti e la Tutela delle Acque. Principio de quien contamina paga – Directiva 2004/35/CE – Responsabilidad medioambiental – Aplicabilidad *ratione temporis* – Contaminación anterior a la fecha prevista para la adaptación del Derecho interno a la referida Directiva y que ha continuado con posterioridad – Medidas reparadoras – Obligación de consultar a

las empresas interesadas – Anexo II. DOUE, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010

107. **Asuntos acumulados C-478/08 y C-479/08: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 9 de marzo de 2010. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Italia. Buzzi Unicem SpA, y otros. Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Principio de «quien contamina paga» – Directiva 2004/35/CE – Responsabilidad medioambiental – Aplicabilidad *ratione temporis* – Contaminación anterior a la fecha prevista para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva y que ha continuado con posterioridad – Normativa nacional por la que se imputan los gastos de reparación de los daños vinculados a dicha contaminación a una pluralidad de empresas – Exigencia de que haya habido culpa o negligencia – Exigencia de relación de causalidad – Medidas reparadoras – Obligación de consulta a las empresas interesadas – Anexo II de dicha Directiva. DOUE, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.**
108. **Asunto C-24/09: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen – Suecia. Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening/AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 85/337/CE – Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente – Directiva 96/61 – Prevención y control integrados de la contaminación – Participación del público en los procedimientos de toma de decisiones medioambientales – Derecho a recurrir las resoluciones de autorización de proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente. DOUE, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.**

NOMBRES DE DOMINIO

109. **Asunto C-569/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de junio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria – Internetportal und Marketing GmbH/Richard Schlicht. Internet – Dominio de primer nivel.eu – Reglamento (CE) núm. 874/2004 – Nombres de dominio – Registro escalonado – Caracteres especiales – Registros especulativos y abusivos – Concepto de «mala fe». DOUE, C, núm. 209, de 31 de julio de 2010.**

PRESTACIÓN DE SERVICIOS

110. **Asunto C-522/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Naczelnny Sąd Administracyjny – República de Polonia. Telekomunikacja Polska SA w Warszawie/Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Comunicaciones electrónicas – Servicios de teleco-**

municaciones – Directiva 2002/21/CE – Directiva 2002/22/CE – Supeditación de la celebración de un contrato de prestación de servicios a la celebración de un contrato relativo a la prestación de otros servicios – Prohibición – Internet de alta velocidad. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

111. Asunto C-398/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2010 – Audi AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior). Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 7, apartado 1, letra b), y 63 – Marca verbal «Vorsprung durch Technik» – Marcas constituidas por eslóganes publicitarios – Carácter distintivo – Solicitud de marca para una multitud de productos y servicios – Público interesado – Apreciación y motivación global – Documentos nuevos. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.
112. Asuntos acumulados C-488/08 P y C-489/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2009 – Matthias Rath/Oficina de Armonización del Mercado Interior). Marcas, Dibujos y Modelos, Dr. Grandel GmbH. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marcas denominativas Epicán y Epicán Forte – Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria EPIGRAN – Riesgo de confusión – Denegación parcial de registro – Recursos de casación manifiestamente inadmisibles. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.
113. Asunto C-494/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de diciembre de 2009 – Prana Haus GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación – Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Marca denominativa PRANAHAUS – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.
114. Asunto T-34/07: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2010 – Goncharov/OAMI – DSB (DSBW). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria denominativa DSBW – Marca comunitaria denominativa anterior DSB – 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. 063, de 13 de marzo de 2010.
115. Asunto T-309/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de enero de 2010 – G–Star Raw Denim/OAMI – ESGW (G Stor). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de

- marca comunitaria figurativa G Stor – Marcas nacional y comunitarias denominativas y figurativas anteriores G-STAR y G-STAR RAW DENIM – Motivo de denegación relativo – Falta de similitud de las marcas – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 063, de 13 de marzo de 2010.
116. Asunto T-331/08: Sentencia del Tribunal General de 27 de enero de 2010 – REWE-Zentral/OAMI – Grupo Corporativo Teype (Solfrutta). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Solfrutta – Marca comunitaria denominativa anterior FRUTISOL – Motivos de denegación relativos – 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. 063, de 13 de marzo de 2010.
117. Asunto T-344/07: Sentencia del Tribunal General de 10 de febrero de 2010 – O2 (Germany)/OAMI (Homezone). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Homezone – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 80, de 27 de marzo de 2010.
118. Asunto T-472/07: Sentencia del Tribunal General de 3 de febrero de 2010 – Enercon/OAMI – Hasbro (ENERCON). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ENERCON – Marca comunitaria denominativa anterior TRANSFORMERS ENERGON – Motivo de denegación relativo – 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. 80, de 27 de marzo de 2010.
119. Asunto T-289/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de febrero de 2010 – Deutsche BKK/OAMI (Deutsche BKK). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria Deutsche BBK – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo y falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el 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] – Artículos 73 y 74, apartado 1, primera frase, del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículos 75 y 76, apartado 1, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 80, de 27 de marzo de 2010.
120. Asunto T-113/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2010 – PromoCell bioscience alive/OAMI (SupplementPack). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominati-

- va SupplementPack – Motivo absoluto de denegación – 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. 80, de 27 de marzo de 2010.
121. Asunto C-408/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de febrero de 2010 – Lancôme parfums et beauté & Cie SNC/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. CMS Hasche Sigle. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 55, apartado 1, letra a), y 7, apartado 1, letra c) – Interés en ejercitarse la acción para presentar una solicitud de nulidad de una marca basada en una causa de nulidad absoluta – Despacho de abogados – Signo denominativo «COLOR EDITION» – Carácter descriptivo de una marca denominativa compuesta de elementos descriptivos. *DOUE*, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
122. Asunto C-579/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 15 de enero de 2010 – Messer Group GmbH/Air Products and Chemicals Inc., Oficina de Armonización del Mercado Interior). Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación – Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marcas denominativas Ferromix, Inomix y Alumix – Marcas anteriores FERROMAXX, INOMAXX y ALUMAXX – Oposición del titular – Público pertinente – Grado de similitud – Carácter poco distintivo de la marca anterior – Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
123. Asunto T-321/07: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2010 – Lufthansa AirPlus Servicekarten/OAMI – Applus Servicios Tecnológicos (A+). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa A+ – Marca comunitaria denominativa anterior AirPlus International – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, artículos 73, 74 y 79 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, artículos 75, 76 y 83 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
124. Asunto T-11/09: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2010 – Özdemir/OAMI – Aktieselskabet af 21. november 2001 (James Jones). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria James Jones – Marca comunitaria denominativa anterior JACK & JONES – 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. 100, de 17 de abril de 2010.

125. Asunto T-408/07: Auto del Tribunal General de 4 de febrero de 2010 – Crunch Fitness International/OAMI – ILG (CRUNCH). Marca comunitaria – Caducidad – Retirada de la solicitud de declaración de caducidad – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
126. Asunto T-9/07: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2010 – Grupo Promer Mon Graphic/OAMI – PepsiCo. Representación de un soporte promocional circular. Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un soporte promocional circular – Dibujo o modelo comunitario anterior – Motivo de nulidad – Conflicto – Inexistencia de impresión global distinta – Concepto de conflicto – Producto de que se trata – Grado de libertad del autor – Usuario informado – Artículo 10 y artículo 25, apartado 1, letra d), del Reglamento (CE) núm. 6/2002. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
127. Asunto T-63/07: Sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2010 – Mäurer + Wirtz/OAMI – Exportaciones Aceiteras Fedeo-liva (tosca de FEDEOLIVA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa tosca de FEDEOLIVA – Marcas comunitaria y nacionales denominativas anteriores TOSCA – Motivos de denegación relativos – No consideración de una alegación – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
128. Asunto T-24/08: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Weldebräu/OAMI – Kofola Holding (forma de una botella de cuello helicoidal). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una botella de cuello helicoidal – Marca comunitaria tridimensional anterior consistente en la forma de una botella de cuello helicoidal – 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. 113, de 1 de mayo de 2010.
129. Asunto T-477/08: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Mundipharma/OAMI – ALK-Abelló (AVANZALENE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AVANZALENE – Marca comunitaria denominativa anterior AVANZ – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.
130. Asunto T-564/08: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Monoscoop/OAMI (SUDOKU SAMURAI BINGO).

Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SUDOKU SAMURAI BINGO – 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. 113, de 1 de mayo de 2010.

131. **Asunto T-15/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2010 – Euro-Information/OAMI (EURO AUTOMATIC CASH). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa EURO AUTOMATIC CASH – Motivos de denegación absolutos – Ausencia 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] – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.**
132. **Asunto T-31/09: Sentencia del Tribunal General de 10 de marzo de 2010 – Baid/OAMI (LE GOMMAGE DES FACADES). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa LE GOMMAGE DES FACADES – 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] – Obligación de motivación – Artículo 73, primera frase, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.**
133. **Asunto T-77/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2010 – hofherr kommunikation/OAMI (NATURE WATCH). Marca comunitaria – Registro internacional que designa la Comunidad Europea – Marca denominativa NATURE WATCH – 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. 113, de 1 de mayo de 2010.**
134. **Asunto T-538/08: Auto del Tribunal General de 3 de marzo de 2010 – REWE-Zentral/OAMI – KODI Diskontläden (inéa). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.**
135. **Asunto T-316/09: Auto del Tribunal General de 25 de febrero de 2010 – Google/OAMI (ANDROID). Marca comunitaria – Denegación del registro – Limitación de la lista de productos para los que se solicita el registro – Retirada de la objeción al registro – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.**
136. **Asunto T-414/09: Auto del Tribunal General de 4 de marzo de 2010 – Henkel/OAMI – JLO Holding (LIVE). Marca comunitaria – Solicitud de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 113, de 1 de mayo de 2010.**

137. Asunto C-236/08 a 238/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Google France, Google, Inc./Louis Vuitton Malletier (C-236/08), Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08), Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08). Marcas – Internet – Motor de búsqueda – Publicidad a partir de palabras clave («keyword advertising») – Presentación en pantalla, a partir de palabras clave correspondientes a marcas, de enlaces a sitios de competidores de los titulares de dichas marcas o a sitios en los que se ofrecen productos de imitación – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5 – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 9 – Responsabilidad del operador del motor de búsqueda – Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
138. Asunto C-278/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria. Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH/Günter Guni, trekking.at Reisen GmbH). Marcas – Internet – Publicidad a partir de palabras clave («keyword advertising») – Presentación en pantalla, a partir de palabras clave idénticas o similares a unas marcas, de enlaces a sitios de competidores de los titulares de dichas marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5, apartado 1. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
139. Asunto C-23/09 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de enero de 2010 – ecoblue AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior). Marcas, Dibujos y Modelos. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca anterior BLUE – Signo denominativo «Ecoblue» – Riesgo de confusión – Similitud de los signos. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
140. Asunto T-427/07: Sentencia del Tribunal General de 19 de marzo de 2010 – Mirto Corporación Empresarial/OAMI – Maglificio Barbara (Mirtillino). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria Mirtillino – Marca denominativa comunitaria anterior MIRTO – 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. 134, de 22 de mayo de 2010.
141. Asuntos acumulados T-5/08 a T-7/08: Sentencia del Tribunal General de 25 de marzo de 2010 – Nestlé/OAMI – Master Beverage Industries (Golden Eagle y Golden Eagle Deluxe). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marcas comunitarias figurativas Golden Eagle y Golden Eagle Deluxe – Marcas internacionales y nacionales figurativas anteriores que representan una taza y granos de café – Motivo de denegación relativo – Simili-

- tud 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. 134, de 22 de mayo de 2010.
142. Asunto T-363/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2010 – 2nine/OAMI – Pacific Sunwear of California (nollie). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria nollie – Marcas denominativas nacionales e internacionales anteriores NOLI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los productos – 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] – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
143. Asunto T-364/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2010 – 2nine/OAMI – Pacific Sunwear of California (nollie). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa nollie – Marcas nacional e internacional denominativas previas NOLI – Motivo de denegación relativo – Falta de similitud entre los bienes – Falta 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] – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
144. Asunto T-423/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2010 – Inter-Nett 2000/OAMI – Unión de Agricultores (HUNAGRO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa HUNAGRO – Marca comunitaria figurativa anterior UNIAGRO – Denegación parcial de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 12, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 12, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
145. Asunto T-130/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2010 – Eliza/OAMI – Went Computing Consultancy Group (eliza). Marca comunitaria – Oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene el término eliza – Marca comunitaria denominativa anterior ELISE – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Denegación de 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. 134, de 22 de mayo de 2010.

146. Asunto T-105/07: Auto del Tribunal General de 3 de marzo de 2010
 - MarketTools/OAMI – Optimus–Telecomunicações (ZOOMERANG). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
147. Asunto T-155/09: Auto del Tribunal General de 8 de marzo de 2010
 - Maxcom/OAMI – Maxdata Computer (maxcom). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 134, de 22 de mayo de 2010.
148. Asunto C-80/09 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de febrero de 2010 – Volker Mergel, Klaus Kampfenkel, Burkart Bill, Andreas Herden/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra c) – Denegación de registro – Marca denominativa Patentconsult – Motivo absoluto de denegación – Carácter descriptivo – Recurso de casación manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
149. Asunto C-282/09 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 2010 – Caisse fédérale du Crédit mutuel Centre Est Europe (CFCMCEE)/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación – Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c) – Denegación de registro – Apreciación global con respecto a los productos y a los servicios a los que se refiere la solicitud de registro – Productos y servicios que constituyen grupos homogéneos – Recurso de casación en parte manifiestamente infundado y en parte manifiestamente inadmisible. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
150. Asunto T-103/06: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2010 – Esotrade/OAMI – Segura Sánchez (YoKaNa). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa YoKaNa – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores YOKONO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
151. Asunto T-488/07: Sentencia del Tribunal General de 15 de abril de 2010 – Cabel Hall Citrus/OAMI – Casur (EGLÉFRUIT). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa EGLÉFRUIT – Marca comunitaria denominativa anterior UGLI y marca nacional figurativa anterior UGLI Fruit – but the affliction is only skin deep – Motivo relativo de denegación – 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

- lo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
152. **Asunto T-187/08:** Sentencia del Tribunal General de 20 de abril de 2010 – Rodd & Gunn Australia/OAMI (Representación de un perro). Marca comunitaria – Marca comunitaria figurativa que representa a un perro – Cancelación de la marca tras la expiración del registro – Solicitud de renovación de la marca – PeticIÓN de restitutio in integrum – Artículo 78 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
153. **Asunto T-249/08:** Sentencia del Tribunal General de 21 de abril de 2010 – Coin/OAMI – Dynamiki Zoi (Fitcoin). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Fitcoin – Marcas nacionales, internacional y comunitaria figurativas anteriores coin – Motivo de denegación relativo – Público pertinente – 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. 148, de 5 de junio de 2010.
154. **Asunto T-361/08:** Sentencia del Tribunal General de 21 de abril de 2010 – Peek & Cloppenburg y van Graaf/OAMI – Queen Sirikit Institute of Sericulture (Thai Silo). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Thai Silk – Marca nacional figurativa anterior que representa un ave – Admisibilidad del recurso – 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. 148, de 5 de junio de 2010.
155. **Asunto T-514/08:** Sentencia del Tribunal General de 14 de abril de 2010 – Laboratorios Byly/OAMI – Gínis (BILLY'S Products). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria BILLY'S Products – Marcas comunitarias denominativas anteriores BYLY y byly – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Semejanza 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. 148, de 5 de junio de 2010.
156. **Asunto T-7/09:** Sentencia del Tribunal General de 21 de abril de 2010 – Schunk/OAMI. Representación de un segmento de un mandril). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria que representa un segmento de un mandril con tres estrías – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.

157. Asunto T-225/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 – Claro/OAMI – Telefónica (Claro). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria tridimensional Claro – Marca comunitaria denominativa anterior CLARO – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Artículos 59 y 62 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 60 y 64 del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Regla 49, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.
158. Asuntos T-303/06 y T-337/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2010 – UniCredito Italiano/OAMI – Union Investment Privatfonds (UNIWEB). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marcas comunitarias denominativas UNIWEB y UniCredit Walth Managements – Marcas nacionales denominativas anteriores UNIFONDS y UNIRAK y marca nacional figurativa anterior UNIZINS – 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. 161, de 19 de junio de 2010.
159. Asunto T-392/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2010 – Union Investment Privatfonds/OAMI – Unicre–Cartão International De Crédito (unibanco). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa unibanco – Marcas nacionales figurativas anteriores UniFLEXIO, UniVARIO y UniZERO – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 161, de 19 de junio de 2010.
160. Asunto T-109/08: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2010 – Freixenet/OAMI (Forma de una botella esmerilada blanca). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria que representa una botella esmerilada blanca – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente, artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 161, de 19 de junio de 2010.
161. Asunto T-110/08: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2010 – Freixenet/OAMI (Forma de una botella esmerilada negra mate). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria que representa una botella esmerilada negra mate – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 161, de 19 de junio de 2010.

- núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente, artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 161, de 19 de junio de 2010.
162. **Asunto T-586/08:** Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2010 – Kerma/OAMI (BIOPIETRA). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa BIOPIETRA – 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. 161, de 19 de junio de 2010.
163. **Asunto T-22/09:** Auto del Tribunal General de 15 de abril de 2010 – Katjes Fassin/OAMI (Representación de una cabeza de panda). Marca comunitaria – Denegación del registro por el examinador – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 161, de 19 de junio de 2010.
164. **Asunto T-148/08:** Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2010 – Beifa Group/OAMI – Schwan-Stabilo Schwanhaüßer (Instrumento para escribir). Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un instrumento para escribir – Marca figurativa nacional anterior – Motivo de nulidad – Uso en el dibujo o modelo comunitario de un signo anterior cuyo titular tiene derecho a prohibir su utilización – Artículo 25, apartado 1, letra e), del Reglamento núm. 6/2002 – Solicitud de prueba del uso efectivo de la marca anterior presentada por primera vez ante la Sala de Recurso. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
165. **Asunto T-163/08:** Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Arbeitsgemeinschaft Golden Toast/OAMI (Golden Toast). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Golden Toast – 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. 179, de 3 de julio de 2010.
166. **Asunto T-237/08:** Sentencia del Tribunal General de 11 de mayo de 2010 – Abadía Retuerta/OAMI (CUVÉE PALOMAR). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa CUVÉE PALOMAR – Motivo de denegación absoluto – Marcas de vino que incluyen indicaciones geográficas – Acuerdo ADPIC – Artículo 7, apartado 1, letra j), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra j), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
167. **Asunto T-243/08:** Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Ravensburger/OAMI – Educa Borrás (EDUCA Memory game). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa EDUCA Memory Game – Marcas denomi-

- nativas nacional e internacional anteriores MEMORY – Motivo de denegación relativo – Falta de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, y artículos 74 y 75 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, y artículos 76 y 77 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
168. Asunto T-464/08: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Zeta Europe/OAMI (Superleggera). Marca comunitaria – Solicitud de marca gráfica comunitaria Superleggera – 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] – Examen de oficio de los hechos – Artículo 74 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 76 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. 179, de 3 de julio de 2010.
169. Asunto T-492/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de mayo de 2010 – Wessang/OAMI – Greinwald (star foods). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria star foods – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores STAR SNACKS – 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. 179, de 3 de julio de 2010.
170. Asunto T-108/09: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010 – Ravensburger/OAMI – Educa Borrás (MEMORY). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa MEMORY – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículos 7, apartado 1, letra c), y 75 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 7, apartado 1, letra c), y 77 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.
171. Asunto T-35/09: Sentencia del Tribunal General de 2 de junio de 2010 – Procaps/OAMI – Biofarma (PROCAPS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PROCAPS – Marcas nacional e internacional denominativas anteriores PROCAPTAN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Similitud de los productos y servicios – 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. 195, de 17 de julio de 2010.
172. Asunto T-502/08: Auto del Tribunal General de 17 de mayo de 2010 – Volkswagen/OAMI – Deutsche BP (SunGasoline). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 195, de 17 de julio de 2010.

173. **Asunto C-127/09:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de junio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Nürnberg – Alemania) – Coty Prestige Lancaster Group GmbH/Simex Trading AG [Derecho de marcas – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 13, apartado 1 – Directiva 89/104/CEE – Artículo 7, apartado 1 – Agotamiento de los derechos del titular de la marca – Concepto de productos comercializados – Consentimiento del titular – Frascos de perfume, conocidos como probadores, puestos por el titular de una marca a disposición de un depositario perteneciente a una red de distribución selectiva]. *DOUE*, C, núm. 209, 31 de julio de 2010.
174. **Asunto T-118/08:** Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2010 – Actega Terra/OAMI (TERRAEFFEKT matt & gloss). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa TERRAEFFEKT matt & gloss – 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. 209, 31 de julio de 2010.
175. **Asunto T-153/08:** Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2010 – Shenzhen Taiden/OAMI – Bosch Security Systems (Equipo de comunicación). Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un equipo de comunicación – Dibujo o modelo internacional anterior – Motivo de nulidad – Inexistencia de carácter singular – Inexistencia de una impresión general distinta – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Prueba de la divulgación al público del dibujo o modelo anterior – Artículos 4, apartado 1, 6, apartados 1, letra b), y 2, 7, apartado 1, y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002. *DOUE*, C, núm. 209, 31 de julio de 2010.
176. **Asunto T-255/08:** Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2010 – Montero Padilla/OAMI – Padilla Requena (JOSE PADILLA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria JOSE PADILLA – Marcas y signo anteriores JOSE PADILLA – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París y de marca de renombre – Artículo 8, apartado 2, letra c), y artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 2, letra c), y artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Inexistencia de signo anterior utilizado en el tráfico económico – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 209, 31 de julio de 2010.
177. **Asunto T-482/08:** Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2010 – Atlas Transport/OAMI – Hartmann (ATLAS TRANSPORT). Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa ATLAS TRANSPORT – Uso efectivo de

- la marca – Artículos 15 y 50, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículos 15 y 51, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 209, de 31 de julio de 2010.
178. **Asunto T-487/08:** Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2010 – Kureha/OAMI – Sanofi-Aventis (KREMEZIN). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa KREMEZIN – Marca internacional denominativa anterior KRENOSIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre signos – Similitud entre 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] – Prueba de la existencia de la marca anterior – Plazos – Reglas 19 y 20 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 209, de 31 de julio de 2010.
179. **Asunto T-490/08:** Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2010 – CM Capital Markets/OAMI – Carbon Capital Markets (CARBON CAPITAL MARKETS Emissions Compliance Solutions & Carbon Finance). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CARBON CAPITAL MARKETS Emissions Compliance Solutions & Carbon Finance – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores CM Capital Markets – 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. 209, de 31 de julio de 2010.
180. **Asunto T-547/08:** Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2010 – X Technology Swiss/OAMI (Coloración naranja de la puntera de un calcetín). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria – Coloración naranja de la puntera de un calcetín – 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. 209, de 31 de julio de 2010.
181. **Asunto T-563/08:** Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2010 – CM Capital Markets/OAMI – Carbon Capital Markets (CARBON CAPITAL MARKETS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CARBON CAPITAL MARKETS – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores CM Capital Markets – 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. 209, de 31 de julio de 2010.

182. **Asunto T-138/09:** Sentencia del Tribunal General de 9 de junio de 2010 – Muñoz Arraiza/OAMI – Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja (RIOJAVINA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa RIOJAVINA – Marca comunitaria colectiva figurativa anterior RIOJA – Motivo de denegación relativo – 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. 209, de 31 de julio de 2010.
183. **Asunto T-315/09:** Sentencia del Tribunal General de 9 de junio de 2010 – Hoelzer/OAMI (SAFELoad). Marca comunitaria – Solicitud de marca gráfica comunitaria SAFELoad – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 209, de 31 de julio de 2010.
184. **Asunto C-51/09 P:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 24 de junio de 2010 – Barbara Becker/Harman International Industries Inc., 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 denominativa Barbara Becker – Oposición del titular de las marcas denominativas comunitarias BECKER y BECKER ONLINE PRO – Apreciación del riesgo de confusión – Apreciación de la semejanza entre signos desde el punto de vista conceptual. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
185. **Asunto T-351/08:** Sentencia del Tribunal General de 30 de junio de 2010 – Matratzen Concord/OAMI – Barranco Schnitzler y Barranco Rodríguez (MATRATZEN CONCORD). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MATRATZEN CONCORD – Marca nacional denominativa anterior MATRATZEN – Motivo de denegación relativo – Prueba del uso de la marca anterior – Obligación de motivación – Artículo 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
186. **Asunto T-407/08:** Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2010 – MIP Metro/OAMI – CBT Comunicación Multimedia (Metromeet). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Metromeet – Marca nacional denominativa anterior meeting metro – 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. 221, de 14 de agosto de 2010.
187. **Asunto T-557/08:** Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2010 – mPAY24/OAMI. Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria M PAY – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores MPAY24

- 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. 221, de 14 de agosto de 2010.
- 188. Asunto T-60/09: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2010 – Herhof/OAMI – Stabilator (stabilator). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa stabilator – Marca comunitaria denominativa anterior STABILAT – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios – 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. 221, de 14 de agosto de 2010.
- 189. Asunto T-124/09: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2010 – Valigeria Roncato/OAMI – Roncato (CARLO RONCATO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CARLO RONCATO – Marcas nacionales figurativas RV RONCATO y denominativa RONCATO no registradas – Marcas nacionales figurativa anterior RV RONCATO y denominativa anterior RONCATO – Inexistencia de riesgo de aprovechamiento indebido del carácter distintivo y de la notoriedad de las marcas anteriores – Existencia de justa causa para el uso de la marca solicitada – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
- 190. Asunto C-428/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de julio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank's-Gravenhage – Países Bajos) – Monsanto Technology LLC/Cefetra BV, Cefetra Feed Service BV, Cefetra Futures BV, Alfred C. Toepfer International GmbH. Propiedad industrial y comercial – Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas – Directiva 98/44/CE – Artículo 9 – Patente que protege un producto que contiene una información genética o consiste en una información genética – Materia en la que está contenido el producto – Protección – Requisitos. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
- 191. Asunto C-558/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de julio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Portakabin Limited, Portakabin B.V./Primakabin B.V. Marcas – Publicidad en Internet a partir de palabras clave (keyword advertising) – Directiva 89/104/CEE – Artículos 5 a 7 – Presentación en pantalla de anuncios a partir de una palabra clave idéntica a una marca – Presentación en pantalla de anuncios a partir de palabras clave que reproducen una marca con «pequeños errores» – Publicidad de productos de segunda mano – Productos fabricados y comercializados por el titular de la marca – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Colocación de eti-

quetas con el nombre del comerciante y eliminación de las que llevan la marca – Publicidad, a partir de una marca ajena, de productos de segunda mano que incluyen, además de los productos fabricados por el titular de la marca, productos de origen distinto. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.

192. Asunto C-91/09: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania – Eis.de GmbH/BBY Vertriebsgesellschaft mbH. Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Marcas – Internet – Publicidad a partir de palabras clave (keyword advertising) – Presentación en pantalla, a partir de una palabra clave idéntica a una marca, de un anuncio de un competidor del titular de dicha marca – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5, apartado 1, letra a). *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
193. Asunto C-193/09 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 4 de marzo de 2010 – Kaul GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Bayer AG. Recurso de casación – Solicitud de registro de la marca denominativa comunitaria ARCOL – Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria CAPOL – Ejecución por la OAMI de una sentencia por la que se anula una resolución de sus Salas de Recurso – Derecho a ser oído – Riesgo de confusión – Necesidad de que exista un grado mínimo de similitud entre las marcas – Desestimación por manifiesta falta de pertinencia de los nuevos datos aportados ante la Sala de Recurso – Artículos 8, apartado 1, letra b), 61, apartado 2, 63, apartado 6, 73, segunda frase, y 74, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
194. Asunto C-332/09 P: Auto del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2010 – Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)/Frosch Touristik GmbH, DSR touristik GmbH. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Marca comunitaria denominativa FLUGBÖRSE – Procedimiento de nulidad – Fecha pertinente para examinar una causa de nulidad absoluta]. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
195. Asunto T-85/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2010 – Exalation/OAMI (Vektor-Lycopin). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Vektor-Lycopin – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
196. Asunto T-385/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2010 – Trautwein/OAMI (Representación de un perro). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un perro – 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. 234, de 28 de agosto de 2010.
197. **Asunto T-386/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2010** – Trautwein/OAMI (Representación de un caballo). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un caballo – 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. 234, de 28 de agosto de 2010.
198. **Asunto T-430/08: Auto del Tribunal General de 9 de julio de 2010** – Grain Millers/OAMI – Grain Millers (GRAIN MILLERS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa GRAIN MILLERS – Nombre comercial nacional anterior Grain Millers y su representación figurativa – Denegación parcial de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/98 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
199. **Asunto T-510/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2010** – Toqueville/OAMI – Schiesaro (TOCQUEVILLE 13). Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa comunitaria TOCQUEVILLE 13 – Inobservancia del plazo para interponer recurso contra la resolución de caducidad – Petición de restitutio in integrum – Artículo 78 del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.
200. **Asunto T-30/09: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2010** – Engelhorn KGaA/OAMI – The Outdoor Group (peers-torm). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria peerstorm – Marcas denominativas comunitaria y nacional anteriores PETER STORM – Motivo de denegación absoluto – 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] – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículos 15 y 43, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículos 15 y 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 234, de 28 de agosto de 2010.

PROPIEDAD INTELECTUAL

201. **Asunto C-518/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de abril de 2010.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de Paris – Francia. Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos/Société Auteurs dans les arts graphiques et plastiques, Juan-Leonardo Bonet Domenech, Eulalia-María Bas Dalí, María del Carmen Domenech Biosca, Antonio Domenech Biosca, Ana-María Busquets Bonet, Móni-

ca Busquets Bonet. Aproximación de las legislaciones – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines – Derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original – Directiva 2001/84/CE – Beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de la obra – Concepto de «causahabientes» – Legislación nacional que mantiene el derecho de participación durante un período de 70 años tras el año del fallecimiento únicamente a favor de los herederos, con exclusión de cualquier legatario o causahabiente – Compatibilidad con la Directiva 2001/84. *DOUE*, C, núm. 148, de 5 de junio de 2010.

202. Asunto C-136/09: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de marzo de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Areios Pagos – Grecia – Organismós Sillogikís Diachéirisis Dimiourgón Theatrikón kai Optikoakoustikón Érgon/Diváni Akrópolis Anónimi Xenodocheiakí kai Touristikí Etaireía (Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento – Derecho de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3 – Concepto de «comunicación al público» – Obras difundidas por medio de televisores instalados en habitaciones de hotel). *DOUE*, C, núm. 179, de 3 de julio de 2010.

SOCIEDADES

203. Asunto C-295/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 25 de febrero de 2010 – Comisión Europea/Reino de España Incumplimiento de Estado – Directiva 2006/43/CE – Derecho de sociedades – Auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
204. Asunto C-330/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 25 de febrero de 2010 – Comisión Europea/República de Austria Incumplimiento de Estado – Directiva 2006/43/CE – Derecho de sociedades – Auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 100, de 17 de abril de 2010.
205. Asunto C-478/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2010 – Comisión Europea/República Helénica (Fusión o escisión de sociedades anónimas – Exigencia de un informe de un periódico independiente – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado). *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.
206. Asunto T-44/06: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2010 – Comisión/Hellenic Ventures y otros. Cláusula compromisoria – Acción de creación y desarrollo de fondos de capital de lanzamiento – Resolución del contrato – Recurso interpuesto contra los socios de una sociedad – Inadmisibilidad – Devolución de las cantidades anticipadas – Intereses. *DOUE*, C, núm. 221, de 14 de agosto de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHMIDT-KESSEL, Martin *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 431 pp., ISBN: 3-16-148781-B

I

Con demasiado retraso (imputable sólo a la responsabilidad de quien suscribe estas líneas) aparece este comentario de la última edición de este manual sobre el Derecho alemán de obligaciones que figura sin duda entre los mejores y de mayor nivel de los de ese género. Desde el momento de aparición del libro hasta la actualidad han sucedido muchas cosas, pero sobre todo ha tenido lugar el triste fallecimiento del primero de sus autores (y verdadero *genius loci* de la obra), el profesor Peter Schlechtriem (1933-2007), uno de los más respetados iusprivatistas alemanes de la segunda mitad del siglo xx¹. Autor de una gran cantidad de trabajos de la más variada temática dentro del campo del Derecho privado, el profesor Schlechtriem destacó sobre todo en cuatro campos: el Derecho (privado) comparado, el Derecho internacional privado, los proyectos de unificación internacional del Derecho privado y el Derecho (alemán) de obligaciones. Discípulo de autores tan relevantes como Horst Müller, Ernst von Caemmerer y Max Rheinstein, Schlechtriem fue catedrático de Derecho civil en las Universidades de Heidelberg y Friburgo de Brisgovia, y director del *Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de esta última Universidad hasta su emeritazgo en el año 2000, condición administrativa que no le impidió seguir trabajando hasta sus últimos días, participando, entre otras cosas, como asesor en los trabajos de la comisión de reforma de Derecho de obligaciones del BGB y en varios grupos del *Study Group for a European Civil Law*, dirigido por Christian von Bar. No obstante, en los últimos años, tras su jubilación, redujo un poco el ritmo de sus actividades, y eso explica que esta edición de su célebre manual aparezca ya firmada también por el profesor Martin Schmidt-Kessel, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Osnabrück, discípulo y estrecho colaborador suyo durante años. El profesor Schlechtriem es también famoso por su espléndido manual sobre la regulación del Convenio de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Convenio de Viena de 11 de

¹ Vid. una semblanza suya en la nota necrológica firmada por M. SCHMIDT-KESSEL en *Juristenzeitung* 14/2007, pp. 730-731.

abril de 1980, *CISG*), del que existen igualmente numerosas ediciones², así como un comentario al mismo, elaborado en su última versión junto a su discípulo y colaborador Ingebor Schwenzer³. Sobre este Tratado tenía él un conocimiento de primera mano, ya que fue uno de los miembros de la delegación alemana que participó en la elaboración del mismo, y fue el primer presidente de la Comisión asesora de la CISG, entre 2001 y 2004. Por su gran prestigio fue escogido como miembro de comisiones asesoras de numerosos gobiernos y organismos internacionales, y participó activamente, por ejemplo, en la elaboración de los nuevos Códigos civiles de Estonia, Lituania, Rusia y Eslovaquia de la era post-comunista.

En este libro que comentamos, como es fácil de comprobar, Martin Schmidt-Kessel ha asumido la tarea de la continuación y puesta al día con un evidente espíritu de absoluto compromiso hacia la obra vital del autor fallecido. Sin perjuicio de esto, ha hecho al mismo tiempo un intento soberbio de reelaborar las estructuras del Derecho de obligaciones de manera aún más concisa y pregnante, teniendo en cuenta las especiales exigencias derivadas de la profunda incidencia de la reforma del Derecho de obligaciones del BGB operada a través de la «Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts» de 26 de noviembre de 2001 (en vigor desde 2002) y demás leyes reformadoras como la «2. Gesetz zur Änderung schadenrechtlicher Vorschriften» de 19.07.2002⁴, así como la «OLG – Vertretungsänderungsgesetz» (ley sobre la modificación de la representación a través de abogado ante los tribunales superiores de los *Länder*, una ley que va mucho más allá de lo que indica su título)⁵, que asumen la mayor parte de los avances del Derecho europeo en materia de protección de los consumidores y los incorporan al texto del BGB. Este es uno de los manuales que más pronto y mejor han asimilado los contenidos de la reforma y los han adaptado a las exigencias del sistema del BGB. En consecuencia, el nuevo autor no ha podido limitarse a dar cuenta de los párrafos reformados del BGB e introducirlos en las casillas correspondientes del manual a través de un procedimiento mecánico de «cortar» y «pegar», sino que ha tenido que entrar a fondo en las estructuras de la parte general del

² P. SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 4.^a ed., Tübingen, 2007.

³ P. SCHLECHTRIEM/I. SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 4.^a ed., München, 2004 (hay una versión inglesa, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2.^a ed., Oxford, 2005).

⁴ Vid. texto de la reforma en <http://www.deyerler.de/seiten/seitgese.htm#srreform> (hay una traducción española de los correspondientes artículos del BGB a cargo de M.ª L. Vives Montero, en *ADC*, 55, fasc. 3, 2002, pp. 1229-1310). Una información precisa sobre los detalles de la reforma, sus desarrollos posteriores y una amplia bibliografía al respecto puede verse en la página web del profesor Stephan Lorenz (Universidad de Munich): <http://www.lrz.de/~Lorenz/schumod/index.htm>. Sobre esta importante reforma hay también en lengua española una abundante bibliografía, de la cual pueden verse, entre otros, los siguientes títulos: A. LAMARCA MARQUÉS, «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», en *InDret* 2/2001; *id.*, «Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones», en *InDret* 01/2002 [recurso electrónico: www.indret.com]; J. ALBIEZ DOHRMANN, «La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», en *RDP* 86, fasc. 3, 2002, pp. 187-206; *id.*, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», en *ADC* 55, fasc. 3, 2002, pp. 1133-1227; F. INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», en *RdP* 8, fasc. 8, 2002, pp. 153-172; M. EBERS, «La Reforma y Modernización del Derecho alemán de obligaciones», en F. BADOSA COLL/E. ARROYO I AMAYUELAS, *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Valencia, 2006, pp. 39-78.

⁵ Vid. texto en http://www.rechtliches.de/info_OLG-Vertretungsänderungsgesetz.html.

tratado de las Obligaciones. Esto se evidencia en una reordenación y ampliación de los capítulos de la obra. Así, frente a los dieciséis capítulos de ediciones anteriores, ésta presenta veinte. Las mayores alteraciones se observan en las partes tercera y cuarta, referidas al cumplimiento, el incumplimiento y la extinción de las obligaciones. En las ediciones anteriores, se hacía primero un estudio pormenorizado de las causas por las que el cumplimiento de la obligación podía verse alterado (*Leistungsstörungen*), ya que ello en muchas ocasiones conducía directamente a la resolución de la obligación y a la restitución de las posiciones de las partes, y sólo después del examen de esas causas se pasaba a estudiar las modalidades del cumplimiento y demás modos de extinción de las obligaciones. Ahora, en cambio, puesto que la reforma va dirigida, entre otras cosas, a conservar hasta donde sea posible el programa de las obligaciones sentado por las partes en uso de su autonomía negocial (y sólo cuando resulte imposible lograr ese propósito se procede a liquidar los términos de la relación obligatoria), consecuentemente sólo después del tratamiento del cumplimiento debido como objetivo esencial de la relación obligatoria (cap. 7) viene tratada la regulación del incumplimiento, cuya exposición ha sido también reorganizada a fin de que quede aún más claramente destacado el dualismo del binomio lesión del deber jurídico-remedio correspondiente (4.^a parte, caps. 12-17), donde el contrato recíproco o sinálgmático es entendido como tipo fundamental («Das Synallagma als besondere Pflichtsordnung», § 168, p. 92).

En conexión con la función de la libertad contractual en caso de destrucción estructural de la paridad en el contrato se examinan aquí las reglas sobre las condiciones generales de la contratación (pp. 52 ss.), introducidas en el BGB a partir de la reforma a través de los §§ 305 y ss., en atención a su función en el caso de la paridad contractual estructural. Este capítulo ofrece, finalmente, una extraordinaria panorámica sobre la función de los controles de contenido. En relación con el § 242 BGB (*Prinzip von Treu und Glauben*, pp. 74 ss.) se desarrollan de manera convincente estándares para liberarse de una jurisprudencia de equidad totalmente carente de perfiles y a favor de una mirada más funcional. Con todo, esa jurisprudencia equitativa tiene su lugar allí donde los estándares fallan y se trata de planteamientos de problemas de nuevo cuño que necesitan de una solución según el principio de la razonabilidad (*Angemessenheit*).

Son sobre todo dignas de atención las reflexiones que se vierten sobre el Derecho de daños (pp. 141 ss.), recogido en los §§ 249 y ss. BGB, cuyo alcance, sin embargo, no ha sido ni con mucho tan extenso y exhaustivo como se había planeado en un principio (en contra del parecer del propio Schlechtriem en su papel de asesor de la reforma). Muy clara es aquí la explicación de una concepción legislativa no fácilmente comprensible, en relación con la constelación singular de aplicaciones. Aquí se encuentra un apartado muy digno de leerse sobre la temática del «hijo (no deseado) en cuanto daño» (pp. 136 ss.), en la que se encuentran principios mercedores de una reflexión dirigidos a tratar unos problemas de Derecho de daños también como tales y no tanto a dirimir, en el marco del Derecho de daños, controversias de tipo metajurídico, jurídico-moral o de visión del mundo que sobrecargan la dogmática del Derecho de la responsabilidad y, finalmente, la abandonan.

Es interesante, por supuesto, la lectura de las explicaciones sobre el régimen de las dificultades para el cumplimiento de la prestación, que consecuentemente se ha colocado en la categoría de la lesión de un deber jurídico (toda desviación del programa de la obligación establecido por el correspondiente obligado), y precisamente en el contexto de la relación de cumplimiento y eje-

cutabilidad de la prestación, así como sus consecuencias. Aquí se encuentra una crítica contenida, pero no por ello menos clara, a la concepción del § 275 BGB (pp. 226 ss.), que se adhiere nuevamente a la distinción tradicional entre imposibilidad objetiva y subjetiva, después de que el proyecto del año 2000 hubiera previsto un derecho de denegación de la prestación que debía hacerse valer sólo como excepción, y finalmente lo adaptó a criterios de razonabilidad. El retorno de la imposibilidad como motivo potencial de exención de responsabilidad, a ojos de Schlechtriem, ha complicado nuevamente muchas cosas y las ha hecho más difíciles en la aplicación práctica. Con independencia de esto, el § 275 BGB es explicado aquí muy comprensiblemente, punto en el que, por supuesto, era inevitable una mirada retrospectiva a la antigua regulación en su configuración por la jurisprudencia. Bien expuestas se encuentran aquí también las reglas de la mora del deudor (pp. 297 ss.), las cuales, con todo, despiertan algunas cuestiones dudosas que el legislador no ha visto, como, por ejemplo, en relación con el § 320 BGB. Esta última norma fue mantenida inalterada, pero, a la vista de los §§ 323 y ss. BGB, se encuentra a partir de ahora en un contexto distinto, porque para los §§ 323 y ss. BGB ya no depende de la reciprocidad, sino de la inejecución de una prestación fallida, ya se trate de una obligación principal o accesoria, que justifique una resolución del contrato, en total contraposición a las antiguas reglas del BGB y en consonancia con las de la CISG. Este paralelo se hace muy nítido y la función de la prórroga del plazo se pone claramente de manifiesto cuando se explica conjuntamente con la regulación de la CISG, por supuesto en conexión con las posibilidades de liberación del deudor. Esto conduce a la transición a los §§ 346 y ss. BGB, en cuyo marco se encuentra una descripción, muy digna de ser leída, de los derechos de desistimiento y devolución de los consumidores (pp. 208 ss.), que se encuentran, sin duda, entre las mejores páginas del libro y aventajan claramente a otros manuales sobre Derecho de obligaciones. También son destacables, a este respecto, las explicaciones sobre la compensación y la cesión de crédito (pp. 189 ss. y 343 ss.). Asimismo merece una lectura, por lo demás, la exposición de la problemática de la pena contractual (pp. 316 ss.), cuya función nuclear, sin embargo, se pone de relieve en contextos de Derecho económico.

Pero, aun si todos estos tratamientos novedosos y estas tomas de postura en relación con temas polémicos en la doctrina alemana son de gran trascendencia, si hay algo que caracterice a este manual, y que lo haga especialmente atractivo frente a otros de su género, es un rasgo que lo acompaña desde su primera edición en 1987, a saber, que la exposición está intensivamente enfocada desde una perspectiva iuscomparatista, como no podía ser menos, dada la trayectoria del autor principal, que ya hemos señalado, y que ha sido intensamente continuada por el reelaborador de la obra. Aunque esto puede ser un elemento que desanime a los estudiantes alemanes a estudiar su propio sistema con este libro (como apunta en su nota crítica el abogado Ralf Hansen⁶), ello no sólo no es negativo desde nuestra perspectiva, sino todo lo contrario, lo hace mucho más interesante y sugerente. Y ello no puede ser de otro modo, dado que sólo ese enfoque permite la comprensión de normas que están creciente y notablemente influídas, cuando no incluso originadas, por la recepción del Derecho internacional y el Derecho europeo y, por otro lado, cuando se vienen incrementando sensiblemente los casos observables en la práctica que presentan de algún modo contacto con el elemento extranjero. Precisa-

⁶ R. HANSEN, reseña publicada en <http://www.duessellaw.de/schuldrechtschlechtriem2003.htm>.

mente la reforma del Derecho de obligaciones alemana se basa a todas luces en motivaciones que han sido ocasionadas por Directivas comunitarias, las cuales a su vez se han hecho eco de innovaciones introducidas en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional. Ante tal grado de trasformación apenas puede comprenderse que los manuales pretendan permanecer en el estado de cosas existente a un nivel exclusivamente nacional, como estamos acostumbrados a ver en la civilística española, pero también fuera de España. De ahí, por tanto, que un objetivo declarado de este manual sea justamente «conducir la argumentación hacia las líneas de desarrollo y estructuras fundamentales del desarrollo jurídico europeo e internacional y, a través de ello, evitar que las nuevas concepciones y soluciones se adhieran al antiguo Derecho de obligaciones en una dogmática autorreferencial y, por tanto, se malinterpreten» (p. V del prólogo la 6.^a edición).

Para alcanzar este objetivo los autores emprenden un camino algo distinto de la mayoría de los autores de manuales (hasta ahora), que presentan continuamente las nuevas estructuras en el marco de la estructuración recibida, empezando con la imposibilidad y con la vista puesta en una comparación del material normativo antiguo y el nuevo. En vez de esto se intenta presentar el nuevo Derecho de obligaciones como algo inmanente a partir de sí mismo. A las antiguas regulaciones sólo se hace remisión en la medida en que resulta necesario para la comprensión. Esto facilita la lectura especialmente para los estudiantes, que ya no tienen que ocuparse con más detalle del antiguo Derecho de obligaciones, pero también en el caso de los prácticos, que durante mucho tiempo han tenido que vérselas con el antiguo Derecho, pero tienen necesidad de cultivar una praxis orientada científicamente. Aun con toda profundidad teórica, las explicaciones aparecen siempre ajustadas a las exigencias de la práctica.

Por supuesto, el libro no puede ofrecer una visión comprehensiva de todas las ramificaciones de la dogmática del Derecho de obligaciones y se concentra, empero, en lo realmente esencial. Pero la sistemática es muy acertada y el estilo muy pregnante, y consigue por ello hacer cristalizar claramente las estructuras más decisivas, como es el caso, por ejemplo, del concepto de «responsabilidad» que es acertadamente presentado como una categoría nuclear del Derecho civil⁷.

Esta obra se concibió desde un principio y ha funcionado siempre acompañada de su hermano mellizo, el volumen referido a la Parte Especial del Derecho de obligaciones (*Schuldrecht. Besonderer Teil*), sin la cual la exposición completa de la *Schuldrechtsmodernisierung* queda irremediablemente coja. Hasta ahora se ha venido funcionando con la 6.^a edición, preparada aún por el propio Schlechtriem, pero desde hace tiempo necesitaba ésta de una revisión en profundidad para adaptarla a los acertados criterios del volumen que aquí comentamos. Por suerte, esto ha sido realizado por el mismo Martin Schmidt-Kessel, y la nueva edición tiene anunciada su salida para el próximo mes de diciembre de 2010. Confiamos en que ello sea así y que tengamos la ocasión, por tanto, de celebrar nuevamente la aparición de un libro sobre Derecho de obligaciones nacional de enfoque crítico y de proyección y sentido auténticamente europeos, cuyo modelo puede resultar de sumo interés por estos pagos.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho romano
Valladolid

⁷ *Vid.* a este respecto el estudio esencial de N. JANSEN...

VV. AA. (dirs. Carlos Lasarte Álvarez/María Fernanda Moretón Sanz): *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, editorial Colex, Majadahonda (Madrid), 2010, 415 pp.

1. En agosto de 2010 se han publicado los resultados de una encuesta sobre personas mayores realizada por el Ministerio de Sanidad y Política Social que servirá para elaborar el Libro Blanco de las personas mayores y del envejecimiento activo. De todos los interesantes datos que nos ofrece la citada encuesta, únicamente voy a hacer referencia a dos de ellos: a) en España el 16,7% de la población tiene más de 65 años (en concreto, 7.782.904 personas); y b) el 87,3% de la población mayor de 65 años prefiere vivir en su casa, aunque sea solo (rechazando, por consiguiente, vivir en una residencia).

Por otra parte, la proyección de población en España a largo plazo para el periodo 2009-2049, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, pone de manifiesto que el grupo de edad de mayores de 64 años, como consecuencia del envejecimiento de la pirámide poblacional, se duplicaría en tamaño y pasaría a constituir el 31,9% de la población total de España.

Los datos que acabo de exponer creo que invitan a la reflexión y a la búsqueda de soluciones para garantizar en el futuro el bienestar de las personas mayores. Y esto es precisamente lo que persigue la monografía objeto de esta recensión, fruto de un proyecto de investigación financiado por el IMSERSO, cuyo investigador principal es el profesor Carlos Lasarte Álvarez (Catedrático de Derecho civil-UNED). Se trata de una obra colectiva en la que participan, principalmente, profesores universitarios de distintas disciplinas tanto de Universidades españolas como europeas [en concreto, de la Universidad de Salerno (Italia)] y en la que se aborda el estudio, desde distintas perspectivas, de la configuración jurídica del servicio residencial para personas en situación de dependencia que se integra en el derecho subjetivo de ciudadanía de atención a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

2. La estructura de la obra es la siguiente: tras una presentación realizada por el profesor Lasarte Álvarez, la monografía se divide en cinco partes diferenciadas, en las que se agrupan por temas las contribuciones de los distintos autores.

La primera parte titulada *Servicios y prestaciones: planteamiento y cuestiones económicas* se compone de los tres capítulos que se detallan a continuación: a) «Servicios sociales y política social ante la atención a la dependencia: retos de futuro y pluralidad normativa en las Comunidades Autónomas en materia de residencias y alojamientos alternativos» (capítulo 1); b) «Financiación pública y privada de las prestaciones sociales: incidencia de la capacidad económica del usuario» (capítulo 2); y c) «Nuevas perspectivas socio-económicas en la gestión de las entidades prestadoras de servicios de atención a las personas mayores y en situación de dependencia. Especial referencia a la gestión basada en la calidad y en la responsabilidad social corporativa (RSC)» (capítulo 3).

La segunda parte lleva por título *Residencias y cuestiones sobre responsabilidad* y agrupa los siguientes seis capítulos: a) «Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos

de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia» (capítulo 4); *b)* «La relación existente entre las residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas: configuración jurídica» (capítulo 5); *c)* «Notas críticas a las divergencias entre las normas civiles y administrativas en torno a la figura del guardador de hecho de las personas mayores: sus funciones en el reconocimiento de dependencia y la dirección de un servicio residencial como titular de la guarda» (capítulo 6); *d)* «La responsabilidad por hecho ajeno de centros sanitarios y residenciales» (capítulo 7); *e)* «Medicamentos, parafarmacia y productos para personas mayores en situación de dependencia: cuestiones sobre responsabilidad civil» (capítulo 8); y *f)* «Deterioro cognitivo, edad y situación de dependencia en centros residenciales» (capítulo 9).

La tercera parte se dedica a los *Centros de Referencia Estatal* y está integrada por dos capítulos: *a)* «Políticas públicas nacionales y autonómicas en materia de Residencias: especial atención a los Centros de Castilla y León» (capítulo 10); y *b)* «Centros de Referencia Estatal: el CRE de discapacidad y dependencia de San Andrés del Rabanedo-León» (capítulo 11).

La cuarta parte se centra en el análisis de *los alojamientos alternativos y vacacionales* y en ella se incluyen los siguientes capítulos: *a)* «Los alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia: una nueva política social y su régimen jurídico» (capítulo 12); y *b)* «Alojamientos alternativos vacacionales para personas mayores» (capítulo 13).

La quinta y última parte de esta obra colectiva se dedica al *Derecho comparado*; en concreto, su único capítulo se dedica al estudio del caso italiano y lleva por título «*¿Hacia un Derecho privado regional italiano? La tutela de “la persona anciana” en el conflicto entre crisis del estado social, ciudadanía y democracia participativa?*» (capítulo 14).

3. Hasta aquí la descripción del contenido de esta monografía, que merece ser destacada por su cuidada edición y que colma una laguna de nuestra literatura jurídica, pues hasta la fecha no existía un estudio doctrinal sobre la materia. Confío en que lo expuesto permita al lector de esta recensión apreciar el atractivo que tiene una obra de estas características en la que se aborda el análisis de una temática de máxima actualidad e indudable interés y que, sin duda, en los próximos años adquirirá, si cabe, un mayor protagonismo.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU

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

ARIANO, E./DE MORPURGO, M.: «The 15th Anniversary of the “Common Core of European Private Law”», *ERPL*, núm. 2, 2010, pp. 407-414.

Artículo que destaca el 15.^º aniversario del llamado *Common Core of European Private Law*, proyecto que tiene su sede en Trento, que trata las bases fundamentales del Derecho patrimonial europeo y que en la actualidad está dirigido por los profesores Mattei y Bussani. (M. G.-R.)

ARRUDA, T.: «Appunti sulle azioni collettive in Brasile: presente e futuro», *RTDPC*, 2010, núm. 2, pp. 515-527.

Estudio del fundamento y legitimidad de las acciones colectivas en el Derecho de Brasil, así como de la ejecución y efectos liquidatorios de la sentencia dictada a favor de intereses colectivos. (M. R. D. R.)

BALDUS, Ch.: «Römische Privatautonomie», *AcP*, núm. 1, 2010, pp. 2-31.

En este número del *AcP*, dedicado por completo a la autonomía privada, el conocido romanista Christian Baldus pone de manifiesto como los problemas de la autonomía privada son hoy básicamente los mismos que en Derecho romano, y que éste no era tan extremadamente individualista como se ha querido ver. (M. G.-R.)

CALVO, R.: «*In facultativis non datur praescriptio*”: vincoli preparatori, circoscrizione giuridica ed estinzione dei diritti potestativi», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 1-23.

Análisis de los derechos de opción y de adquisición preferente. El autor los califica de derechos potestativos no autónomos esto es, integrantes de un mecanismo contractual más complejo y relacionados con los principios de libre circulación de los bienes y de prohibición de las obligaciones perpetuas. (B. G. F.)

FRANZONI, M.: «L’interprete del diritto nell’economia globalizzata», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 366-391.

La interpretación de la ley en el caso judicial. La racionalidad como técnica de decisión con función creativa del derecho. Las reglas creadas por los intérpretes para modificar el derecho positivo fuera del sistema de las fuentes de producción. Creación de nuevas reglas por parte del intérprete, en los espacios vacíos dejados por la norma, para reducir el número de litigios. El recurso de casación en interés de la ley y el papel del intérprete. (Alma R. G.)

GALGANO, F.: «Sul principio generale dell’apparenza del diritto», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1137-1148.

Contribución a la teoría de la apariencia jurídica: la cesión de hacienda no publicada, la sociedad aparente, el contrato del funcionario de banca aparente, el contratante aparente y el contrato realizado en nombre de otro. (Alma R. G.)

JAMW, Ch.: «L’accessoire et le principal: l’incidence de la Directive Services sur le périmètre du droit», *GP*, 2010, núm. 171-173, pp. 9-18.

Estudio jurídico sobre la Directiva núm. 2006/13/CE, de 12 de febrero de 2006, sobre los servicios en el mercado interior. Su trasposición al Derecho francés y su compatibilidad con el Derecho interno. (I. S. P.)

LIPARI, N.: «Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria», *RTDPC*, 2010, núm. 1, pp. 1-19.

Análisis del sistema de conceptos y formalismo jurídico del *civil law*, ante la diversidad del problema relativo a la armonización de las legislaciones nacionales: incidencia de las diferencias lingüísticas en el procedimiento interpretativo y los conflictos de aplicación de las fuentes comunitarias y fuentes nacionales, en especial en materia de derecho de defensa de consumidores. (M. R. D. R.)

ORLANDI, M.: «Contro l’abuso del diritto», *RDC*, 2010, núm. 2 parte segunda, pp. 147-159.

Revisión del principio que prohíbe el abuso del derecho, tras la sentencia *Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*. (M. R. D. R.)

ORLANDO, M.: «Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106)», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 129-138.

Artículo dedicado a la institución del abuso del derecho: titularidad y ejercicio del derecho, ambigüedad del concepto de abuso, carácter extrínseco del abuso, negación dogmática del abuso. (Alma R. G.)

PATTI, S.: «Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa», *RTDPC*, 2010, núm. 1, pp. 21-36.

Examen de la figura de la prescripción como instrumento de seguridad jurídica. Efectos de la prescripción según las circunstancias de su aplicación y relación con la autonomía privada. (M. R. D. R.)

— «Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Verjährungsrecht des DCFR», *ZEuP*, núm. 1, 2010, pp. 58-68.

El autor expone como los plazos de prescripción extintiva en las codificaciones decimonónicas eran una manifestación de la necesidad de seguridad jurídica en aquella época. Pero las circunstancias sociales han cambiado, haciendo necesario un cambio en tales plazos y en la regulación en general. El trabajo se centra en el *Draft of the Common Frame of Reference*, que establece un plazo general de prescripción extintiva de tres años. (M. G.-R.)

POLIDORI, S.: «Nullità di protezione e interesse pubblico», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 4, pp. 1019-1032.

Estudio de la nulidad de protección, con especial atención a la legitimación activa y a la noción de interés público. El autor estudia la evolución de esta figura, desde el Código civil italiano de 1942 al actual Derecho Privado Europeo. A este respecto, Polidori se centra en la aplicación y utilidad de esta figura en el Derecho de consumo. (B. G. F.)

REICH, N.: «Von der Minimal- zur Voll- zur 'Halbarmonisierung'», *ZEuP*, núm. 1, 2010, pp. 7-39.

Estudio que tiene por objeto la fundamentación, ámbito y crítica de los conceptos armonizadores, tales como de modo general el Derecho Comunitario los ha desarrollado en la legislación sobre el mercado interno. Se pone de manifiesto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sigue una concepción de ese Derecho más bien puntual que coherente, aunque con el transcurso del tiempo ha pasado de una antigua «concepción mínima» a una «nueva concepción armonizadora de máximos». (M. G.-R.)

SCALISI, V.: «Assiologia e teoria del diritto (rileggendo Rodolfo De Stefano)», *RDC*, 2010, núm. 1 parte prima, pp. 1-21.

Revisión de los fundamentos jurídicos axiológicos: el Derecho como sistema de valores que garantizan la calidad y legitimidad de la Ley. La Justicia como base y criterio de legitimidad. Importancia de la cultura jurídica como elemento esencial en la creación e interpretación jurídica. (M. R. D. R.)

SCHMIDT, J. P.: «The ‘juridical act’ im DCFR: Ein nützlicher Grundbegriff des europäisches Privatrecht», *ZEuP*, núm. 2, 2010, pp. 304-320.

El libro II del Proyecto de Marco Común de Referencia, liderado por el profesor von Bar, se llama «Contracts and other juridical acts». El estudio se centra en desentrañar qué significa «other juridical acts» y si a través de esta vía se está introduciendo el concepto alemán de «negocio jurídico». Esta es la opinión del autor. (M. G.-R.)

SCOGNAMIGLIO, C.: «Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 139-147.

Consideraciones sobre las figuras de la buena fe y el abuso del derecho en relación con la interpretación de los contratos. (Alma R. G.)

DERECHO DE LA PERSONA

BENSAMOUN, A.: «Portrait d’un droit d’auteur en crise», *RIDA*, núm. 224, abril 2010, pp. 3-159.

Defensa del derecho de autor y descripción reflexiva de la crisis que afecta a este concepto en el actual contexto social que reclama el acceso rápido, gratis y directo a la cultura y al conocimiento, favorecido por la aparición de Internet. (C. J. D.)

BONNET, B.: «Le Conseil d’Etat et la Convention Internationale des droits de l’enfant à l’heure du bilan. De l’art du pragmatisme...», *RD*, 2010, núm. 17, pp. 1031-1037.

La falta de aplicación por el Consejo de Estado de la Convención internacional de los derechos del niño. (I. S. P.)

BUFFA, F.: «Tutela del minore extracomunitario e autorizzazione del genitore a permanere sul territorio ex art. 31 d. lgs. n. 268 del 1998 – nota a Cass. Ord. 19 gennaio 2010 n. 823», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 283-285. (M. R. D. R.)

CARRATA, A.: «I procedimenti sullo stato di adottabilità e *de potestate* dopo l’entrata in vigore della l. n. 149 del 2001: verso un “giusto” processo civile minorile», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 268-296.

El proceso civil de familia y las partes implicadas en él: en concreto, la posición del menor de edad y, de modo específico, la disciplina procesal de la adopción de menores. (Alma R. G.)

CAVANA, P.: «Insegnamento della religione e attribuzione del credito scolastico», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 156-183.

Libertad religiosa y salvaguardia de los menores: debate sobre la enseñanza de la religión católica en los colegios públicos. (Alma R. G.)

CHERPILLOD, I.: «Chronique de Suisse», *RIDA*, núm. 224, abril 2010, pp. 251-291.

Revisión y puesta al día sobre la Ley suiza del derecho de autor y la jurisprudencia suiza en la materia. (C. J. D.)

CIANCIO, C.: «Oltre il caso Englano», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1913-1920.

Bioética laica y católica: contraposición en ciertos aspectos problemáticos, como el consentimiento médico informado, la procreación asistida... (Alma R. G.)

COLIN, C.: «Devoir d'auteur», *RIDA*, núm. 224, abril 2010, pp. 161-249.

Descripción de los deberes que comporta el derecho de autor en relación con su público. A juicio del autor, el público tendría una serie de prerrogativas como destinatario de la comunicación. (C. J. D.)

CRICENTI, G.: «Breve critica della soggettività del concepito. I “falsi diritti” del nascituro», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 465-477.

El concebido y no nacido y el problema de su subjetividad jurídica. (Alma R. G.)

CUGNO, V.: «Diritto di cronaca e pubblicazione della sanzione disciplinare inflitta all'avvocato», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 224-231.

Comentario jurisprudencial sobre si la divulgación en la prensa de una sanción disciplinaria impuesta a un profesional implica o no una difamación de dicho profesional. (Alma R. G.)

DANOVİ, F.: «Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 243-267.

Representación y defensa del menor de edad en el procedimiento civil. (Alma R. G.)

DIETZ, A.: «La nouvelle réglementation du droit des sociétés de gestion collective dans le droit d'auteur russe», *RIDA*, núm. 223, enero 2010, pp. 5-75.

En vigor a partir del 1 de enero de 2008, la Parte IV del Código civil ruso contiene el régimen jurídico de la propiedad intelectual. En este contexto, el autor explica la nueva regulación del derecho de las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, con un análisis comparado con la ley austriaca de 2006. (C. J. D.)

FIMIANI, P.: «Amministrazione di sostegno e testamento biologico», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 93-103.

Reflexiones sobre la propuesta de ley, aprobada por el Senado el 26 de marzo de 2009 y transmitida a la Cámara el 31 de marzo de 2009 con el n. 2350, sobre testamento biológico, por el que se nombra un fiduciario que

represente al paciente en la toma de decisiones médicas, cuando se encuentre en las situaciones previstas por éste. (M. R. D. R.)

GIACCOBE, E.: «Autodeterminazione, famiglie e diritto privato», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 297-334.

El derecho a la autodeterminación del menor de edad en el ámbito sanitario. (Alma R. G.)

LENTI, L.: «“*Best interests of the child*” o “*best interests of children*”?», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 157-165.

Estudio de diversas cuestiones relativas a la cláusula general de la primacía del interés del menor: orígenes de la *best interests of the child doctrine* y de la afirmación de los derechos de los niños. La cláusula de la primacía del interés del menor en el ordenamiento jurídico italiano. El contenido de dicha cláusula entre el derecho a la autodeterminación del menor y el paternalismo en el ámbito sanitario: el caso de los tratamientos oncológicos alternativos a aquellos propuestos por la medicina científica. (Alma R. G.)

LILLO, P.: «Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1921-1950.

Artículo dedicado al análisis del espacio de libertad reconocido por el ordenamiento jurídico al menor de edad en los campos educativo y religioso. (Alma R. G.)

LOISEAU, G.: «La crise existentielle du droit patrimonial a l'image», *RD*, 2010, núm. 8, pp. 450-451.

El derecho patrimonial a la propia imagen en el límite. (I. S. P.)

MASTROPASCUA, G.: «L'accesso al programma di procreazione medicalmente assistita da parte della persona detenuta in espiazione della pena dell'ergastolo», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 356-399.

Libertad de procreación de la persona internada en prisión y tutela consiguiente del hijo concebido y no nacido. (Alma R. G.)

OMAR AMINE, Y.: «Chronique d'Egypte», *RIDA*, núm. 223, enero 2010, pp. 245-311.

Descripción del desarrollo histórico del derecho de autor en Egipto. (C. J. D.)

PENNISI, C.: «Le pratiche di magia nera i riti *Vudu* non sono riconducibili ad alcuna confessione religiosa: nuove sette e nuovi movimenti religiosi, libertà di coscienza, libertà religiosa e tutela dei diritti umani», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 33-62.

Libertad religiosa respecto al fenómeno cada vez más frecuente de prácticas ilegales desarrolladas por sectas y consiguiente peligro que estas últimas representan para la sociedad en general. (Alma R. G.)

PERELMUTTER, C.: «Onacheve bien les enfants», *GP*, 2010, núm. 83-84, pp. 7-9.

Consecuencias para el niño de la separación de los padres en caso de violencia doméstica. El síndrome de «alineación parental». (R. A. R.)

RENUCCI, J. F.: «Le Protocole núm. 14 amendant le système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme», *GP*, 2010, núm. 192-194, pp. 15-17.

Necesidad de una reforma para controlar la protección de los Derechos del Hombre de la Convención Europea. El protocolo 14 de 13 de mayo de 2004. (R. A. R.)

RUO, M. G.: «“*The long, long way*” del processo minorile verso il giusto processo», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 106-141.

La tutela del menor de edad, en especial, la capacidad de discernimiento de este último: representación y defensa en el proceso civil. (Alma R. G.)

SCALISI, V.: «Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione Europea», *RDC*, 2010, núm. 2 parte prima, pp. 145-175.

Defensa de los principios que fundamentan los derechos fundamentales de la persona en Italia y en el resto de Estados miembros de la Unión Europea: nuevos derechos y nuevos medios de tutela. El control de la legitimidad comunitaria. (M. R. D. R.)

STEFANELLI, F.: «Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 426-464.

El derecho a conocer los orígenes como derecho fundamental para el desarrollo de la propia identidad y para una existencia sana y libre. Legislación sobre el parto secreto y el derecho a conocer los propios orígenes en diversos países europeos. (Alma R. G.)

TILLIET, H.: «Les dispositions relatives à l'encouragement de l'offre légale et à la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux de communication au public en ligne dans les lois des 12 juin et 28 octobre 2009», *RIDA*, núm. 223, enero 2010, pp. 77-243.

Ánalisis de las normas para reforzar la oferta legal y la lucha contra las falsificaciones en las redes de comunicación al público en Internet, contenidas en las leyes francesas de 12 de junio y de 28 de octubre de 2009. (C. J. D.)

VV. AA.: «The Impact of Community Law on Domestic Private Law», *ERPL*, núm. 3, 2010, pp. 425-567.

Este número de la revista se centra en el impacto del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno de cada uno de los Estados. Hay artículos de carácter general, como los Hartkamp (pp. 527-548), Harmathy (pp. 429-441) y Safjan/Mikłaszewicz (pp. 475-486). Otros centrados en los efectos internos

en determinados países, como Inglaterra, Beale (pp. 501-526); o Francia, y el control de la Corte de Casación sobre el Derecho comunitario, Canivet (pp. 487-499). Por último, Timmermans (pp. 549-567) estudia el impacto sobre el Derecho de sociedades internacional. (M. G.-R.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AINA, E.: «L'utilizzo delle tabelle nella liquidazione del nuovo danno non patrimoniale», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 101-108.

Artículo sobre el uso del baremo en la liquidación del daño biológico. (Alma R. G.)

ALBANESE, A.: «I limiti alla cedibilità del contratto», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 103-122.

Artículo relativo a los límites a la cesión del contrato. El objeto de tal cesión en supuestos conflictivos: los contratos *intuitu personae*, la intransmisiabilidad convencional, contratos inválidos. Cesión del contrato traslativo y reventa. (Alma R. G.)

— «La clausola di rinuncia alla divisibilità dell'obbligazione, per sé e per i propri eredi, contenuta nei contratti bancari», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1149-1168.

La facultad del deudor de establecer un régimen de solidaridad en las relaciones entre los propios coherederos. La automática división de la deuda en las relaciones con el acreedor. (Alma R. G.)

ALPA, G.: «Dove va la responsabilità civile?», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 175-184.

La relación entre las reglas generales de la responsabilidad civil y las reglas especiales existentes en determinados ámbitos: responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, respectivamente. Las manipulaciones del intérprete en orden al sistema de responsabilidad civil aplicado. (Alma R. G.)

— «L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato», *RTDPC*, 2010, núm. 2, pp. 379-393.

Comentario al artículo 49 de la Ley de 23 de julio de 2009, n. 99, sobre desarrollo e internacionalización de las empresas, que rediseña el perfil de las acciones colectivas resarcitorias, reguladas por el artículo 140-bis del Código de Consumo: ámbito de aplicación y fundamento de las acciones colectivas, según el tipo de daño sufrido (por defecto del producto, prácticas comerciales ilícitas, etc.). (M. R. D. R.)

BALLERINI, L.: «Violazione della prelazione urbana e diritto di riscatto: trascrizione della domanda ex art. 2652, n.3, cod. civ., e decorrenza del termine per il ritratto», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 166-169.

Comentario jurisprudencial relativo al engaño del arrendador al arrendatario sobre la indicación del precio de venta de la vivienda a un tercero, en el supuesto del ejercicio del derecho de tanteo por parte del arrendatario. (Alma R. G.)

BARALDI, M.: «Il recesso *ad nutum* non è, dunque, recesso *ad libitum*. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 41-70.

La sentencia del Tribunal Supremo italiano de 18 de septiembre de 2009 ha vuelto a ocuparse del abuso del derecho y, en particular, del tema de la posible verificación judicial del carácter abusivo o no del desistimiento por parte del concedente de un contrato de concesión de venta de automóviles. (Alma R. G.)

BARBIER, J. D.: «Les interets sur les loyers commerciaux fixes judiciairement», *GP*, 2010, núm. 71-72, pp. 7-12.

Inadaptación de la normativa civil con las normas dictadas para la fijación de los arrendamientos mercantiles y sus posibles soluciones. (I. S. P.)

BARTRIP, P.: «No-Fault Compensation on the Roads in Twentieth Century Britain», *C. L. J.*, 2010, vol. 69, núm. 2, pp. 263-286.

A diferencia del caso de los accidentes de trabajo, cuya compensación se integra en el sistema de Seguridad Social desde 1948, el Reino Unido no ha implantado sistema de compensación al margen de la responsabilidad civil para los daños sufridos en accidente de tráfico. Bartrip analiza con gran profundidad y agudeza las numerosas propuestas aparecidas en este sentido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y explora por qué ninguna de ellas llegó a prosperar. (J. R. I.)

BORGHETTI, J. S.: «La responsabilité du fait des choses. Un régime qui a fait son temps», *RTDC*, 2010, núm. 1, pp. 1-40.

La aplicación del artículo 1384 CC francés, tras la Ley de 1985 sobre accidentes de circulación, se ha visto privada de justificación tanto teórica como práctica. (R. A. R.)

— «Breach of contract and Liability to Third Parties in French Law: How to Break the Deadlock?», *ZEuP*, núm. 2, 2010, pp. 279-303.

El trabajo trata la responsabilidad extracontractual que la doctrina y los tribunales franceses admiten en casos de incumplimiento contractual, cuando éste afecta a un tercero extraño al propio contrato. Así, el comprador de una casa recientemente construida espera que el constructor haya cumplido todas sus obligaciones frente al promotor; el inversor que compra acciones de una sociedad confía en los informes realizados por los auditores externos, etc. El debate se ha exacerbado por una reciente sentencia de la Corte de Casación francesa, de 6 de octubre de 2006, que dispone que cualquier incumplimiento

contractual puede servir de base a un tercero para una reclamación por responsabilidad extracontractual frente al incumplidor. El autor critica con dureza este criterio, pues, con toda razón, la negligencia supone una regla de comportamiento para proteger a alguien en concreto. (M. G.-R.)

BOUTONNET, M./NEYRET, L.: «Prejudice moral et atteintes à l'environnement», *RD*, 2010, núm. 15, pp. 912-920.

Evolución jurisprudencial sobre el atentado al medio ambiente. Reparación como daño extrapatrimonial. (I. S. P.)

BRIAND, L.: «La valeur probante des declarations de main courante», *GP*, 2010, núm. 185-187, pp. 8-12.

Situaciones en que son válidos como prueba los escritos a mano. Requisitos a tener en cuenta. (I. S. P.)

BUCCI, E.: «Il danno esistenziale causato all'imprenditore dal provvedimento illegittimo della p.a.», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 305-307.

Reconocimiento de la figura del daño existencial causado a un empresario en el ámbito de la jurisprudencia administrativa. (Alma R. G.)

BUGNICOURT, J.P.H./BORGHETTI, J.B./COLLART DUTILLEUL, F.: «Le droit civil de la responsabilité à l'épreuve du droit spécial de l'alimentation: premières questions», *RD*, 2010, núm. 18, pp. 1099-1102.

Intento de conjunción del derecho agroalimentario en los textos de Derecho comunitario y la responsabilidad civil. (R. A. R.)

BURY, B./LE BARS, B.: «Mécanismes de gestion du risque d'abus», *GP*, 2010, núm. 41-42, pp. 13-18.

Relaciones entre profesionales y consumidores de productos financieros. Supuestos de abuso y mecanismos de corrección: artículo 1134.3 CC; buena fe y acciones de grupo. (R. A. R.)

CANSELIER, G.: «De l'explication causale en droit de la responsabilité civile delictuelle», *RTDC*, 2010, núm. 1, pp. 41-54.

Aunque la hipótesis en el derecho de responsabilidad es que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño, realmente se exige solamente que haya una explicación satisfactoria de la aparición del segundo a partir de la existencia del primero. (I. S. P.)

CARNICELLI, C.: «Garanzia di redditività dell'immobile alienato e atipicità del contratto: incidenza sul sinallagma e implicazioni disciplinari – nota a Cass. 25 marzo 2009 n. 7225», *GC*, 2010, núm. 1, pp. 113-120. (M. R. D. R.)

CASEY, J.: «L'acte contresigne par avocat: a venir ou sans avenir?», *GP*, 2010, núm. 141-142, pp. 6-7.

Fuerza de los acuerdos entre las partes cuando el acto privado se firma también con un abogado. Diferencia con un acto auténtico. (R. A. R.)

CERVEAU, B.: «Assurance et secret medical: un cadre juridique précis, une jurisprudence bien établie», *GP*, 2010, núm. 43-44, pp. 15-23.

Secreto médico del asegurado y complejidad de las relaciones entre las partes implicadas. Regulación legal y jurisprudencia existente. (I. S. P.)

COLCELLI, V.: «Reversing *Ubi Jus ibi Remedium* in Civil Law: The Italian Case of Consumer Protection», *ERPL*, núm. 1, 2010, pp. 143-154.

La autora examina el *Codice del consumo* italiano, poniendo de relieve que en la tradicional concepción continental lo primero era el derecho subjetivo y luego el medio procesal para hacerlo efectivo; sin embargo, por la influencia anglosajona en las Directivas comunitarias parece ahora que lo prioritario es el remedio jurídico (*remedy*) y sólo a partir de ahí se puede deducir la existencia de un derecho subjetivo (*right*). (M. G.-R.)

COLLIN, A.: «Du caractere volontaire du declenchement de la compensation», *RTDC*, 2010, núm. 2, pp. 229-242.

La compensación es un mecanismo voluntario de extinción de la obligación, donde los efectos contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1290 CC, no se producen por la sola fuerza de la ley, ya que precisan, una declaración de voluntad en ese sentido. (I. S. P.)

COMENALE, M.: «Il termine dell'esercizio dell'azione nel trasporto aereo fra prescrizione e decadenza (e fra vecchio e nuovo testo del codice della navigazione) – nota a Cass. 20 maggio 2009 n. 11704», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 383-386. (M. R. D. R.)

CONZATTI, A.: «I “Best Efforts” nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti e in Italia», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 144-166.

A propósito de la cláusula “*Best Efforts*”, utilizada con frecuencia en el *Common Law* en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, se analiza el tratamiento de la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones en los tribunales italianos. (Alma R. G.)

D'ANGIOLELLA, R.: «Responsabilità e telemedicina», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 4, pp. 921-950.

La *telemedicina* se define como el sistema de comunicaciones telemáticas e informáticas que permiten la curación del paciente a distancia. El artículo se ocupa de estudiar la responsabilidad médica en este nuevo contexto, prestando especial atención al consentimiento informado, que se proyecta en el propio tratamiento médico, pero, también en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal; a la culpa y al nexo causal. (B. G. F.)

D'AURIA, M.: «Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1211-1243.

Ánalisis del principio del consentimiento traslativo a propósito de la donación de bienes ajenos. (Alma R. G.)

DJOURDI, J.: «L'obligation d'éclairer l'assure sur l'inadaptation», *GP*, 2010, núm. 190-191, pp. 17-22.

La obligación del banco de aclarar al asegurado sus garantías para preservar el equilibrio contractual y proteger el interés del prestamista. (*R. A. R.*)

EIDENMÜLLER, H.: «Die Rechtfertigung von Widerrufsrechte», *AcP*, núm. 1, 2010, pp. 67-104.

Frente a opiniones que llegan a defender el derecho de desistimiento del consumidor en toda clase de contratos, salvo en los celebrados en establecimientos abiertos al público, el autor pone de manifiesto que este derecho sólo puede concederse en determinados casos, que tienen siempre alguna justificación especial: asimetría informativa entre las partes en el momento de la conclusión del contrato; falta de capacidad de reflexión suficiente por parte del consumidor (que llama «perturbaciones exógenas en las preferencias», *exogene Präferenzstörungen*); las dificultades que conlleva una decisión en ciertos casos (lo que llama «perturbaciones endógenas de preferencia», *endogene Präferenzstörungen*), alegando que la investigación del comportamiento económico ha demostrado que tenemos dificultades de superar adecuadamente situaciones de decisión complejas, y especialmente cuando se trata de la valoración de los efectos futuros de distintas alternativas de comportamiento. (*M. G.-R.*)

FERRARI, C.: «Ipotesi di qualificazione per il recesso del consumatore», *RDC*, 2010, núm. 1 parte segunda, pp. 1-39.

Ánalisis del derecho de desistimiento del consumidor en el derecho comparado italiano, francés y alemán: presupuestos, alternativas y efectos. (*M. R. D. R.*)

FIMIANI, P.: «La risarcibilità del danno alla persona da illecito ambientale – nota a Cass. 13 maggio 2009 n. 11059», *GC*, 2010, núm. 1, pp. 93-102. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, G.: «Note minime sulla decorrenza del termine per il pagamento del prezzo ad opera del riscattante nella prelazione agraria – osservazione a Trib. Crema 9 ottobre 2008», *GC*, 2009, núm. 12, pp. 2837-2840. (*M. R. D. R.*)

FOFFA, R.: «Un nuovo stop della Cassazione ai danni bagatellari», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 150-153.

Comentario jurisprudencial que profundiza en la figura de los daños no patrimoniales y, en especial, en el valor de la persona en las hipótesis de lesión de los derechos fundamentales. (*Alma R. G.*)

FRANCO, R.: «Prospettive ermeneutiche e razionalità sistematica nella riducibilità delle liberalità non donative», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 4, pp. 951-1018.

Propuestas de interpretación sistemática y racional del artículo 809 CC italiano, precepto relativo a la reducción de las liberalidades que no constituyen donaciones. (*B. G. F.*)

FRANZONI, M.: «*La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1169-1194.

Artículo relativo al daño por pérdida de oportunidad: casuística, cálculo, estimación y liquidación. (*Alma R. G.*)

GALGANO, F.: «*Le forme di regolazione dei mercati internazionali*», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 353-365.

La incidencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Civil: las organizaciones gubernamentales y los mercados internacionales. Las organizaciones no gubernamentales: los centros de formación de los modelos contractuales atípicos y de las *new properties*. Los usos del comercio internacional y los Principios *Unidroit*. (*Alma R. G.*)

GAMBINO, F.: «*Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*», *RDC*, 2010, núm. 1 parte prima, pp. 41-67.

Revisión de las relaciones jurídico obligatorias: tipos, estructura. Especial referencia a la incidencia en la relación contractual de circunstancias sobrevenidas que provocan un desequilibrio económico entre las prestaciones. Remedios judiciales para equilibrar el riesgo económico y el resarcimiento del daño, como alternativa a la resolución del contrato. (*M. R. D. R.*)

GRASSI, C.: «*Tacita rinnovazione di contratto di locazione stipulato prima della legge del 1998 e disciplina applicabile*», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 159-162.

Comentario jurisprudencial sobre la prórroga tácita de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados antes de la Ley italiana de 9 de diciembre de 1998. (*Alma R. G.*)

GRISI, G.: «*La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*», *RDC*, 2010, núm. 1 parte prima, pp. 69-80.

De nuevo, sobre los efectos de la mora, retraso en el cumplimiento y resarcimiento del daño. Comentario al artículo 1219 Código civil italiano (*M. R. D. R.*)

GUENZOU, Y.: «*La crainte reverentielle*», *RD*, 2010, núm. 16, pp. 984-988.

El temor reverencial ejercido entre parientes es considerado como una violencia legítima en Derecho de contratos que no permite la anulación del acto jurídico. Desde la Ley de 4 de abril de 2006 es una causa de nulidad del matrimonio para luchar contra los matrimonios forzados. (*R. A. R.*)

HEESE, M.: «*Risikozuweisung beim Kartenzahlungsverkehr in Europa und den USA*», *AcP*, núm. 2, 2010, pp. 251-304.

Estudio de Derecho comparado sobre los diferentes tipos de tarjetas de crédito (y débito) y la responsabilidad de sus emisores (normalmente, bancos). Para el autor, se ha impuesto casi en toda Europa la visión americana de la desvinculación del Banco de la relación de valuta, lo que se critica en el artículo. (*M. G.-R.*)

INDRACCOLO, E.: «Credito al consumo e principio di protezione effettiva del contraente debole. Prime considerazioni sulla direttiva 48/08/CE», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 267-291.

Comentario a la STJCE, Sección I, de 4 de octubre de 2007, sobre crédito al consumo. En el caso se plantea la relación entre el contrato de financiación y el contrato de venta o suministro de los bienes o servicios financiados. El autor aprovecha la ocasión para analizar las novedades introducidas por la Directiva 48/08/CE, de 23 de abril de 2008, prestando especial atención a los puntos de convergencia y divergencia con las pautas interpretativas que ha venido manteniendo el TJCE sobre el tema. (B. G. F.)

JANSEN, N.: «Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht. Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis», *ZEuP*, núm. 1, 2010, pp. 69-106.

Teniendo en cuenta la reciente Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, y la Propuesta de la Comisión sobre los Derechos de los Consumidores, de 8 de octubre de 2008, el autor se plantea el problema del control de las cláusulas de los contratos. En primer lugar, se pone de manifiesto que cada ordenamiento interno aplica distintos mecanismos de control, algunos refiriéndose a todo contrato, otros solamente a los hechos con consumidores, y otros, como los nórdicos, que son bastante flexibles en este tema, pues un control excesivo perjudica el desarrollo y la libertad de mercado.

La conclusión del autor es que si el Derecho de control de las cláusulas va a ser armonizado completamente, debe haber una regulación europea definitiva de, por una parte, la protección del consumidor, y, de otra, del control de las condiciones negociales predispuestas. El nivel europeo de protección del Derecho comunitario debe ser tan alto que no exista necesidad de formular normas de protección del consumidor como reglas del Derecho general del contrato. Por otro lado, las cláusulas dispositivas no deberían poder escapar al control de contenido. (M. G.-R.)

JANSEN, N./ZIMMERMANN, R.: «Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht. Textstufen transnationaler Modellregelungen», *AcP*, núm. 2, 2010, pp. 196-250.

Los dos conocidos autores toman como ejemplo la perfección y el error en el contrato para proponer un estudio de los distintos proyectos europeos sobre unificación de la regulación del contrato. El método que pretenden seguir es el de los romanistas, que, a partir de la mitad del siglo XX, descubrieron que los cambios de la Compilación justinianea respecto del Derecho clásico se habían producido en muchas ocasiones ya en el Derecho postclásico; es, por tanto, el estudio de los diferentes estratos del Derecho romano. Aquí, partiendo de los *Principles of European Contract Law*, promovidos sobre todo por Lando, se estudia cómo cada uno de los proyectos académicos europeos ha ido influyendo sobre el otro. (M. G.-R.)

— «“A European Civil Code in All But Name”: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference», *C. L. J.*, 2010, vol. 69, núm. 1, pp. 98-112.

En febrero de 2009 se publicó la versión definitiva de los principios que integran el llamado «Proyecto de Marco Común de Referencia» (DCFR).

Los seis volúmenes que integran estos principios, con los correspondientes comentarios y las notas sobre Derecho comparado, aparecieron a finales de 2009, y cubren la mayor parte de aspectos relativos a la parte general del derecho de las obligaciones y de los contratos, contratos en especial, derecho de la responsabilidad civil, gestión de negocios ajenos sin mandato o enriquecimiento injusto. También contienen algunas reglas relativas al derecho de propiedad sobre bienes muebles y una regulación del *trust*. Los profesores Jansen y Zimmermann reflexionan sobre el valor del Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) como modelo para una codificación del derecho de las obligaciones y de los contratos en Europa, al hilo de otros trabajos publicados sobre la cuestión, entre otros muchos, por los profesores Hans Schulte-Nölke o Mrtijn Hesselink. (J. S. F.)

KLESTA DOSI, L.: «La chirurgia estetica tra consumerismo e valore della persona», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 295-299.

Comentario jurisprudencial sobre los criterios de responsabilidad de la clínica en los supuestos de daños a la salud en operaciones de cirugía estética. (Alma R. G.)

KRAUS, J.S./SCOTT, R. E.: «Contract Design and the Structure of Contractual Intent», *N.Y.U. L. Rev.*, 2009, vol. 84, pp. 1023-1104.

En este artículo los autores postulan la corrección del criterio predominante de dar prioridad a la intención común de las partes al celebrarlo tanto para interpretar como para declarar su ineficacia. Consideran esencial, en cambio, que, salvo que las propias partes hayan dicho lo contrario, las cláusulas contractuales se interpreten en su sentido literal y que se parta de la premisa de que las partes no desean que los tribunales indaguen acerca de cuál era su intención común con el fin de modificar los términos pactados o el resultado práctico del contrato. Subrayan que al contratar las partes tienen, en efecto, objetivos comunes, pero que esos objetivos se transforman al redactar el contrato en derechos y deberes expresados del modo más claro y transparente posible. La discrecionalidad judicial para decidir acerca de cuál fue la verdadera intención de las partes conduce según los autores a contradecir el diseño contractual establecido por las partes. La tesis del «diseño contractual eficiente» sugiere, por el contrario, que las partes y muy especialmente las que poseen recursos y tiempo para trazar su propia estrategia negociadora y para anticipar los posibles contratiempos en la ejecución del contrato, prefieren reglas claras cuya interpretación se rija por el criterio literal y que no puedan ser objeto de modificación sobrevenida mediante el recurso a criterios de equidad, justicia o política jurídica, que pondrían en riesgo la seguridad jurídica que las partes buscaban al contratar. (J. R. I.)

LAUVERGNAT, L.: «Eclaircissement sur la date pour laquelle le conge commercial doit être donné», *GP*, 2010, núm. 111-112, pp. 7-8.

Estudio a propósito de la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008 que deroga los artículos 1736 y 1737 CC para los arrendamientos mercantiles. (R. A. R.)

LEBLOND, N.: «Reflexions sur la nature juridique de assurances au credit; assurance-emprunteur et assurance-credit», *GP*, 2010, núm. 190-191, pp. 11-16.

El seguro del crédito como figura que concurre con las garantías tradicionales. Su pertinencia o no según su aspecto jurídico. (*I. S. P.*)

LEGOUX, A.: «Consecration du defaut d'information comme faute autonome», *GP*, 2010, núm. 167-168, pp. 9-13.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Casación civil, Sala 1, de 3 de junio de 2010, sobre falta de la obligación de información del médico en una intervención quirúrgica. La urgencia médica salva la falta de información. (*I. S. P.*)

LEGUAY, G.: «Les nouvelles clauses types dommages-ouvrage: une occasion manquée», *RDI*, 2010, núm. 5, pp. 240-252.

La compatibilidad de las antiguas cláusulas tipo y las nuevas aplicables a los contratos colectivos de responsabilidad decenal son bastante satisfactorias. (*R. A. R.*)

LORENZ, S.: «Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo», *RDC*, 2010, núm. 1 parte prima, pp. 93-114.

Análisis del desarrollo y evolución del Marco Común de Referencia, como elemento unificador del Derecho Contractual Europeo. Especial referencia a aportaciones de grupos de la Red Común de Derecho Privado Europeo, como L'Acquis, Association Henry Capitant, en materia de incumplimiento contractual: efectos y diversidad de remedios como la resolución contractual o el resarcimiento del daño. (*M. R. D. R.*)

LOW, G.: «The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology», *ERPL*, núm. 2, 2010, pp. 285-305.

Se suele decir que las diferencias del Derecho contractual en los diferentes Estados de la Unión Europea imponen costes y reducen el comercio interestatal; y que, para incrementar ese comercio, estas normas contractuales deben ser armonizadas.

El artículo se plantea si existe una necesidad de armonización; y si es así, qué forma debe tomar. La psicología debe responder a dos cuestiones subyacentes: ¿Qué piensan los agentes sobre estas diferencias cuando deciden contratar? ¿Cómo influye la armonización en tales decisiones? El autor toma como punto de partida los conocimientos de la psicología social y cognitiva para averiguar cómo piensan los distintos agentes y qué motiva sus decisiones. Este punto de partida nos lleva a la cuestión de si realmente los agentes del tráfico jurídico piensan en las diferencias entre los distintos Derechos contractuales. Si muchos agentes prefieren mantener la situación preexistente, puede que la armonización por medio de reglas opcionales no logre los resultados deseados. (*M. G.-R.*)

MAGAZZU, A.: «Il recesso del comittente dall'appalto», *GC*, 2009, núm. 12, pp. 455-465.

Estudio del supuesto de desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra (art. 1671 c.c.), que conlleva la indemnización al contratista de los daños y perjuicios sufridos. (*M. R. D. R.*)

MASSIMO BIANCA, M.: «Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose», *GC*, 2010, núm. 1, pp. 19-23.

Observaciones críticas sobre la función disuasoria de la responsabilidad civil objetiva por productos defectuosos. (*M. R. D. R.*)

MATTIONI, M.: «Obblighi di custodia nell'appalto e art. 1177 cod. civ.», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 214-220.

Comentario jurisprudencial sobre la obligación de custodia del bien arrendado en el artículo 1177 CC, en especial, su naturaleza jurídica. (*Alma R. G.*)

MAZEAUD, D.: «Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?», *RD*, 2010, núm. 28, pp. 1832-1837.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación mercantil de 29 de junio de 2010, sobre limitación de responsabilidad por incumplimiento de una obligación esencial. (*R. A. R.*)

MINO, A.: «Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni unite ammettono la colpa in attività illecita», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1691-1758.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil del suministrador de sustancias tóxicas por la muerte del consumidor de tales sustancias. (*Alma R. G.*)

MORNET, B.: «Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel», *GP*, 2010, núm. 153-154, pp. 8-12.

Necesidad de una reforma sobre el baremo para indemnizar los daños corporales. Utilización por algunos tribunales de referenciales indicativos regionales: metodológico; de evaluación y evolutivo. Propuestas del autor. (*I. S. P.*)

MURPHY, J.: «The Nature and Domain of Aggravated Damages», *C. L. J.*, 2010, vol. 69, núm. 2, pp. 353-377.

En el Derecho inglés, existen dos concepciones básicas en relación con la indemnización de los llamados «aggravated damages». Por un lado, se encuentra la posición de quienes consideran que se trata de una modalidad de «punitive damages», dirigida a castigar al demandado que ha actuado con especial malicia. Por otro lado, la de quienes consideran que se trata de una cuantía dirigida a compensar la especial aflicción que sufre la víctima a causa de la actuación malévolas o intencional del demandado. El artículo de John

Murphy propone una nueva explicación de los «aggravated damages», como indemnización del daño que deriva de la lesión a la dignidad del perjudicado, en tanto que interés jurídico protegido. (J. S. F.)

NAPPI, F.: «Sull'importanza dell'inadempimento *ex art. 1455 c.c.*: lo sviluppo di un calcolo applicativo», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 112-128.

Estudio que defiende una interpretación restrictiva de la resolución del contrato, a partir del tipo de incumplimiento exigido para que el acreedor pueda hacer valer el mencionado remedio. (B. G. F.)

NATALI, A.I.: «Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 179-184.

Comentario jurisprudencial sobre la admisibilidad del nuevo contrato de renta vitalicia de carácter alimenticio o asistencial. (Alma R. G.)

NATUCCI, A.: «Considerazioni sul principio res perit domino», *RDC*, 2010, núm. 1 parte seconda, pp. 41-59.

Ánalisis del artículo 1465 c.c., sobre la transmisión de la propiedad y atribución del riesgo al dueño de la cosa vendida: fundamento y aspectos críticos. (M. R. D. R.)

NOCERA, I. L.: «Clausola resolutiva expressa e condizione resolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 242-248.

Comentario jurisprudencial sobre la cláusula resolutoria expresa como instrumento de la autonomía privada. La diferencia entre dicha cláusula y la simple condición resolutoria. (Alma R. G.)

— «*Dies a quo* della prescrizione dell'azione, esercitata dall'erede, di annullamento di un atto compiuto con l'assistenza di un tutore provvisorio poi revocato», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 129-135.

Comentario jurisprudencial relativo a la prescripción de la acción de nulidad de los contratos concluidos por incapaces. (Alma R. G.)

PARAPATITS, F.: «Albania: Reform of Consumer Protection Law», *ERPL*, núm 1, 2010, pp. 165-175.

Albania aparece como una de las potenciales candidatas a la entrada en la Unión Europea. Por eso, está tratando de adaptar su Derecho, en este caso el de protección de los consumidores, al Derecho comunitario, existiendo una nueva legislación al respecto de 2008, que sustituye a otra anterior de 2003. Con todo, la incorporación de las Directivas comunitarias no es completa, y además plantea problemas con la teoría general del contrato del Código civil albanés. (M. G.-R.)

PASA, B.: «The DCFR, the ACQP and the Reactions of Italian Legal Scholars», *ERPL*, núm. 2, 2010, pp. 227-258.

La doctrina italiana ha recibido con calor los intentos de codificación del Derecho contractual europeo, especialmente el *Draft of the Common Frame of Reference* y los *Acquis Principles*, pero a la vez critica bastante de sus propuestas. (M. G.-R.)

PASCIUCCO, G.: «*Errantibus, non dormientibus iura succurrunt*: considerazioni critiche sul tema», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 140-144.

Comentario jurisprudencial relativo al dolo como causa de anulación del contrato. Examen de la diligencia de la otra parte contratante. Distinción entre *dolus bonus* y *dolus malus*. (Alma R. G.)

PENUTI, C. M.: «Limiti all'estensione ai condebitori del giudicato ex art. 1306, comma 2º, cod. civ., nell'obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale)», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 200-205.

Comentario jurisprudencial relativo a la aplicación de la responsabilidad solidaria cuando el fundamento de la responsabilidad de los agentes del daño demandados es distinto, en un caso contractual, en otro caso extracontractual. (Alma R. G.)

PETTI, G.: «Clausole contraddittorie del contratto e del testamento tra conservazione e interpretazione di buona fede», *RTDPC*, 2010, núm. 2, pp. 419-447.

Estudio del problema interpretativo de las cláusulas contradictorias en el ámbito del negocio bilateral, contractual, y unilateral, testamentos: triunfo del principio de conservación del negocio e interpretación eficaz de la cláusula conforme a la buena fe. (M. R. D. R.)

PICCININI, V.: «La trasparenza nella distribuzione di strumenti finanziari derivati ed il problema dell'efficacia delle regole informative», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 499-545.

Obligaciones de información y transparencia en la distribución de los productos financieros derivados. La modulación de las obligaciones de información en relación a las características particulares de los inversores. Tránsito del derecho a recibir información al derecho a comprender la información: ¿hacia un nuevo concepto de transparencia contractual? (Alma R. G.)

PIERROUX, E.: «Tous responsables! Le directeur de collège, la rumeur et le cannabis», *GP*, 2010, núm. 104-105, pp. 7-10.

Estudio a raíz de la sentencia de Casación Civil, Sala 1, de 25 de febrero de 2010, sobre la obligación del centro escolar de comunicar a los padres la información que tengan verificada sobre sus hijos. Necesidad de más diálogos entre centros y padres e hijos. (R. A. R.)

PILA, J.: «Copyright and Its Categories of Original Works», *Oxford J. Legal Stud.*, 2010, vol. 30, núm. 2, pp. 229-254.

En la ley inglesa sobre *Copyright, Designs and Patents Act* (1988), el derecho de la propiedad intelectual se predica sólo de aquellas obras que se encuentran tipificadas por la ley. Algunas de estas categorías son las obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas. Sin embargo, a pesar de las definiciones contenidas en la ley, se trata de categorías que adolecen de una gran incertidumbre jurídica. El artículo de J. Pila propone acotar esa incertidumbre a partir de una definición de dichas categorías basada en un enfoque combinado de la teoría formalista del arte y una aproximación histórica. La consecuencia de este enfoque es que las obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas tipificadas por la ley se definen a partir de sus propiedades formales (arte es un objeto estético que existe y es percibido a través de su forma) y, al mismo tiempo, de su proceso histórico de producción individual. (J. S. F.)

POMART-NONMEDEO, C.: «Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle: entre unité et diversité», *RTDC*, 2010, núm. 2, pp. 209-227.

No existe un régimen jurídico unitario de estos derechos en el ámbito del derecho contractual, por lo que la noción en la doctrina civilista francesa es tímida y busca la armonización. (R. A. R.)

POSCH, W.: «Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht», *ZEuP*, núm. 1, 2010, pp. 40-57.

En 2011 el Código civil austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) cumple 200 años de vigencia, aunque, como es lógico, con numerosas reformas. El autor hace un repaso al proceso de su elaboración, poniendo de manifiesto que estaba más cercano a la tradición francesa que a la germánica.

A propósito de este aniversario, y ya antes, se están proponiendo diversas reformas, cuando no un nuevo Código civil. El autor se centra en el Derecho de contratos, defendiendo la necesidad de tener muy en cuenta los proyectos privados de codificación, como los Principios Lando o el Marco Común de Referencia, liderado por von Bar. (M. G.-R.)

QUEZEL-AMBRUNAZ, Ch.: «La fiction de la causalité alternative. Fondement et perspectives de la jurisprudence “Distilbene”», *RD*, 2010, núm. 19, pp. 1162-1167.

La noción de causalidad alternativa se ha desarrollado en la jurisprudencia de la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos. La responsabilidad es más una ficción que una presunción. (I. S. P.)

RAZ, J.: «Responsibility and the Negligence Standard», *Oxford J. Legal Stud.*, 2010, vol. 30, núm. 1, pp. 1-18.

Este artículo reproduce la *HL. Hart Memorial Lecture 2009*, dictada por Joseph Raz en Oxford el día 26 de mayo de 2009. El profesor de la Universidad de Columbia expone en ella una síntesis de su nuevo concepto de responsabilidad y cómo se aplica la responsabilidad extracontractual. Como punto

de partida, Raz propone enjuiciar las conductas humanas a partir del que denomina «Principio de funcionamiento racional», que comporta responder por el funcionamiento tanto correcto como defectuoso de nuestras capacidades de actuación racional. (*J. R. I.*)

REBEYROL, V.: «Où en est la réparation du préjudice écologique?», *RD*, 2010, núm. 28, pp. 1804-1812.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 30 de marzo de 2010 sobre el «caso Erika». El derecho a reparar el perjuicio ecológico como un derecho especial que ha de configurarse jurídicamente. (*R. A. R.*)

RICCIO, A.: «La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 8-17.

Estudio sobre la acción de clase en materia de daños a consumidores en el nuevo artículo 140 bis del Código de Consumo. (*Alma R. G.*)

— «La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 313-322.

La lesión del derecho de autodeterminación en el ámbito sanitario y sus consecuencias jurídicas. (*Alma R. G.*)

ROMEO, F.: «Codice del consumo e processo informativo nella commercializzazione dei pacchetti turistici», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 4, pp. 1033-1086.

Ánalisis (crítico) de la regulación de los contratos de viaje combinado en el nuevo Código de Consumo italiano, con especial atención al derecho a la información. (*B. G. F.*)

Rossi, G.: «La rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 25-40.

Estudio sobre el crédito al consumo: operación económica unitaria y pluralidad de contratos. (*Alma R. G.*)

ROUVIERE, F.: «L'inconstructibilité: entre non-conformité, erreur et vice cache», *RDI*, 2010, núm. 5, pp. 253-259.

La dificultad de separar en la práctica el error y los vicios ocultos supone una nueva dificultad para la jurisprudencia. (*I. S. P.*)

SANGIOVANNI, V.: «L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 123-143.

Artículo sobre los deberes precontractuales de información por parte de los intermediarios de seguros. (*Alma R. G.*)

SASSI, A.: «Esegesi e sistema del contratto usurario», *RDC*, 2010, núm. 2 parte prima, pp. 247-283.

Visión del contrato usurario como figura histórica que refleja la evolución de la hermenéutica en aras de la aplicación de la equidad en la interpretación de los contratos: remedios de defensa o de minoración del daño o desequilibrio entre las prestaciones. (M. R. D. R.)

SERIO, M.: «Osservazioni sparse sulle pronunce delle Sezioni Unite del novembre 2008 in materia di risarcimento del danno non patrimoniale», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 231-242.

Artículo sobre el resarcimiento del daño no patrimonial en las últimas decisiones judiciales: relevancia de la persona en la valoración jurisprudencial del daño no patrimonial, tipicidad del daño no patrimonial, el daño no patrimonial contractual... (Alma R. G.)

SCHWARTZ, A./SCOTT, R. E.: «Contract Interpretation Redux», *Yale L. J.*, 2010, vol. 119, pp. 926-964.

Artículo en el que los autores defienden una interpretación literal de las cláusulas contractuales, frente a la posición dominante en el ámbito académico norteamericano que, con apoyo en las disposiciones del *Uniform Commercial Code* y del *Restatement (Second) of Contract*, defiende una interpretación basada en la búsqueda de la intención de las partes. En opinión de los autores, una interpretación literal no sólo es preferible para las partes contratantes que han tenido ocasión de negociar libremente los términos del contrato antes de su perfección, sino que también es la opción menos costosa para los contratantes y para los tribunales. (J. S. F.)

SIMOVART, M. A./SAARE, K./SEIN, K.: «Protection of Consumer Rights in SMS Loan Agreements», *ERPL*, núm. 1, 2010, pp. 129-142.

Los autores estonios tratan el asunto de la protección de los consumidores en los préstamos que se conceden simplemente mediante mensajes de teléfonos móviles (SMS, *Short Message Service*). Estos préstamos se basan en una simple solicitud al banco desde el teléfono, para que el préstamo se cargue en la ya existente cuenta corriente entre ambas partes. Se considera que es necesaria una regulación comunitaria sobre este tipo de acuerdos, especialmente frente a los altos intereses que se exigen, poniendo como ejemplo la legislación de Estonia al respecto. (M. G.-R.)

TEBOUL, G.: «L'entrepreneur individuel a responsabilité limitée: une usine sans gaz?», *GP*, 2010, núm. 174-175, pp. 5-8.

La reforma de la responsabilidad civil del empresario individual en la Ley de 15 de junio de 2010. El empresario individual tiene una responsabilidad limitada. El artículo 526-6 separa de su patrimonio personal un patrimonio moral que responde de su actividad profesional. (R. A. R.)

VALENTINO, D.: «Globalizzazione economica e *disorder of law*. Un esempio: la *battle of forms* e il principio del *mirror-image rule*», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 392-432.

El principio de conformidad entre la oferta y la aceptación en la construcción del Derecho Contractual europeo: la batalla de los formularios. (*Alma R. G.*)

VIGLIANISI, A.: «Il nuovo volto del danno non patrimoniale ed il “diritto inquieto”», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 81-100.

El nuevo *look* del daño no patrimonial: ¿una típica atipicidad o una tipicidad atípica? Los elementos que han de tenerse en cuenta, que se añaden a los comunes, cuando el daño no patrimonial deriva de lesiones de derechos inviolables: la gravedad de la lesión y la importancia del daño. (*Alma R. G.*)

VIGLIONE, F.: «Il giudice riscrive il contratto tra le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 148-156.

Relación entre la figura del abuso del derecho y la interpretación del contrato: el dilema existente entre interpretar o reescribir el contrato. Estudio de la cuestión desde una perspectiva del Derecho Comparado. (*Alma R. G.*)

VON BAR, Ch.: «Außervertragliche Haftung für den Einem Anderen Zugefügten Schaden – Das Buch VI des Draft Common Frame of Reference», *ERPL*, núm. 2, 2010, pp. 205-225.

Artículo del principal impulsor del Marco Común de Referencia sobre la responsabilidad extracontractual en ese Marco. Su libro sexto tiene como punto de partida un trípode cuyas patas son la imputación (comportamiento inadecuado, es decir, doloso o negligente; o, según las circunstancias, responsabilidad por una fuente de peligro), el daño y la causalidad. El Marco no conoce la diferencia fundamental entre daños patrimoniales, cuyo origen radica en un derecho o una ley, y simples pérdidas patrimoniales (*bloßen Vermögeneinbußen*), ni tampoco entre daños patrimoniales e immateriales. Tampoco trata ni incluye el concepto de antijuridicidad. (*M. G.-R.*)

VV. AA.: «Consumer Rights Proposals and DCFR», *ERPL*, núm. 1, 2010, pp. 1-164.

Número de la revista dedicado a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre Derechos del Consumidor, de 8 de octubre de 2008, junto con el Proyecto de Marco Común de Referencia (los dedicados a esta materia se tratan en esta recensión; los dedicados a otras cuestiones son objeto de recensión aparte). Colaboraciones críticas, como la de Smits, J., que rechaza la pretensión de una armonización completa en materia de Derecho de los consumidores (pp. 5-14); en el mismo sentido, centrándose en el contrato de venta, Loos, M. (pp. 15-55). Por el contrario, se muestra a favor Hondius, E. (pp. 103-127). Por su parte, Hesselink, M. (pp. 57-102) defiende una reflexión más profunda por parte de la Unión, y que decida realmente hasta donde quiere ir en materia de Derecho privado. (*M. G.-R.*)

VV. AA.: «Etats généraux du dommage corporel. Reparation intégrale: mythe ou réalité?», *GP*, 2010, núm. 99-100.

Diversos estudios sobre la reparación de los daños corporales. Aspectos filosóficos; influencia de la Resolución del Consejo de Europa de 1975; consecuencias en Derecho interno y criterios de determinación de las necesidades. (R. A. R.)

WAGNER, G.: «Zwingendes Privatrecht –Eine Analyse des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher», *ZEuP*, núm. 2, 2010, pp. 243-278.

Estudio sobre la Propuesta de Directiva sobre Derechos del Consumidor, de 8 de octubre de 2008, que pretende la refundición de diversas directivas anteriores en materia de consumidores. El artículo 43 de la Propuesta establece el carácter imperativo de los derechos concedidos al consumidor. El autor del artículo critica lo que le parece un exceso, que aparentemente afectará no sólo al momento de la conclusión del contrato, sino incluso *a posteriori* en cuanto a arbitrajes y procesos judiciales, donde no sería posible una conciliación o una transacción.

Además, el contrato no es un instrumento adecuado para hacer justicia distributiva, como lo muestran distintas experiencias. Por ejemplo, la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la Venta y las Garantías de los bienes de consumo ha supuesto un aumento del precio de los vehículos de segunda mano, que los consumidores han tenido que pagar hasta el último céntimo; la Directiva sobre la Venta fuera de Establecimientos Mercantiles impide al consumidor elegir entre una compra con derecho de desistimiento, u otra sin derecho de desistimiento a un precio más barato; etc. (M. G.-R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AKKERMANS, B.: «Concurrence of Ownership and Limited Property Rights», *ERPL*, núm. 2, 2010, pp. 259-284.

Trabajo comparado sobre la posibilidad de la titularidad del derecho de propiedad y un derecho real limitado sobre la misma cosa por el mismo sujeto. Tal posibilidad es admitida por el Derecho alemán, pero no, por ejemplo, por el francés, el inglés o el holandés. Sólo cuando se considera la posición de terceros existe cierta convergencia en las soluciones de los distintos sistemas. La Comisión Europea, al tratar las propuestas sobre derechos reales, tales como la posible eurohipoteca, debe tener en cuenta las diferencias y similitudes doctrinales entre estos cuatro miembros de la Unión Europea. (M. G.-R.)

BALDIONI, E.: «Comunione dei diritti reali e uso della cosa comune: spunti di comparazione», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 73-80.

Algunas cuestiones relativas a la comunidad de bienes: el uso de las partes comunes; comparación entre la cotitularidad del derecho de propiedad y la *Commonhold and Leasehold Reform Act* inglesa del año 2002 (en vigor desde 2004), por la que se ha introducido una nueva figura relativa a la copropiedad de los edificios consistentes en situaciones en las que las unidades inmobiliarias singulares comparten estructuras y partes comunes. (Alma R. G.)

CONTE, Ph.: «“L'action penale” en levitation. (Aperçu de l'avant projet de code de procédure penale)», *RD*, 2010, núm. 13, pp. 776-783.

El concepto jurídico de obra y sus posibles cambios. (*R. A. R.*)

D'AURIA, M.: «In tema di garanzia per l'esistenza di oneri o diritti di godimento altrui sulla cosa venduta – nota a Cass. 25 settembre 2008 n. 24055», *GC*, 2009, núm. 12, pp. 2711-2714. (*M. R. D. R.*)

ESPOSITO, F.: «Considerazioni sull'ammissibilità della servitù di parcheggio», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 284-289.

Comentario jurisprudencial en torno al concepto de servidumbre y a la configuración de la servidumbre de aparcamiento. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Sincronizzazione senza consenso e responsabilità extracontrattuale», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 4, pp. 633-634.

La sincronización de una pieza musical para un *spot* publicitario, autorizada por un sujeto que no es titular del derecho de autor, constituye un ilícito extracontractual. (*Alma R. G.*)

— «Libertà e limiti nella citazione o riproduzione di opere protette», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 4, pp. 638-639.

Nota a la sentencia del Tribunal de Milán de 8 de julio de 2009 sobre la utilización de partes literarias de obras musicales protegidas sin la indicación de las fuentes. (*Alma R. G.*)

FALCE, V.: «The (over) protection of information in the know-ledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 4, pp. 602-628.

El derecho de autor entre la información y el conocimiento: el desafío de la propiedad intelectual en la era digital. Acceso a las informaciones frente al control del conocimiento. (*Alma R. G.*)

FIorentini, F.: «Dall'ipoteca alle ipoteche: le prospettive del diritto europeo», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 4, pp. 1087-1123.

En el Libro Blanco de diciembre de 2007, la Comisión Europea se ocupa de la hipoteca, tema de gran importancia e indudable actualidad. La autora del presente artículo se centra en uno de los puntos abordados en el citado Libro Blanco: en concreto, se ocupa de la intención declarada por la Comisión de ampliar el campo de acción del crédito hipotecario, hasta ahora prácticamente reducido a la adquisición de la vivienda. (*B. G. F.*)

GAMBARO, A.: «Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà», *RDC*, 2010, núm. 2 parte seconda, pp. 115-132.

Revisión del Derecho de Propiedad en Italia desde el punto de vista de los Derechos Fundamentales del Hombre y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la expropiación forzosa y la garantía constitucional de la función social de la propiedad. (*M. R. D. R.*)

IZZO, N.: «Il rendiconto annuale del condominio vale anche per i saldi passivi dei precedenti esercizi – osservazione ad App. Genova, sez. II, 11 maggio 2009 n. 513», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 484-489. (*M. R. D. R.*)

MARI, G.: «Brevi cenni in tema di web radio, broadcasting e webcasting», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 4, pp. 547-556.

La evolución tecnológica y el desarrollo de Internet han determinado el nacimiento y la difusión de nuevos modelos de transmisión de contenidos. En este contexto, particular interés tiene el tema de la *web radio* y el *broadcasting*, sobre todo el análisis del derecho de comunicación al público. (*Alma R. G.*)

PALADINI, F.: «Il conflitto tra il privilegio ex art. 2775-bis c.c. ed il creditore ipotecario – nota a Cass. Sez. un., 1.º ottobre 2009 n. 21045», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 321-328. (*M. R. D. R.*)

PIERROUX, E.: «Google libre a la justice», *GP*, 2010, núm. 48-49, pp. 7-11.

Primera sanción a Google por publicar extractos de libros franceses sin autorización de sus titulares. Problema que se puede plantear a nivel europeo y francés. (*R. A. R.*)

RICCI, A.: «Sul “principio di ragione naturale”: a proposito dell’autotutela possessoria», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1195-1210.

Ánalisis de la figura jurídica de la autotutela posesoria y la prohibición de hacer justicia por sí mismo. La sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de abril de 2008: ¿inicia una línea jurisprudencial que admite ciertas formas de autotutela posesoria, aunque subordinando dicha autotutela a estrictos requisitos de validez? (*Alma R. G.*)

RUGGERI, L.: «L’intervento delle sezioni unite: l’ipoteca, iscritta in data anteriore, prevale sul privilegio del promisorio acquirente», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 275-279.

Comentario jurisprudencial en torno al conflicto entre la hipoteca de fecha anterior y el privilegio existente a favor del promisario adquirente del bien. (*Alma R. G.*)

SALVAGO, S.: «Aree edificate abusivamente ed espropriazione per pubblica utilità. Il lungo cammino della giurisprudenza per escludere ogni tipologia di indennizzo– nota a Cass. 9 aprile 2009 n. 8729», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 407-418. (*M. R. D. R.*)

TOSATO, A.: «Garanzie “reali” e diritti IP: per un censimento dei materiali», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 4, pp. 557-601.

Estudio de las normas sobre garantías referidas de modo específico a los derechos IP, tanto en los tratados internacionales como en el Derecho comunitario y en el Derecho material italiano. (*Alma R. G.*)

VIVANT, M.: «Les métamorphoses de l'œuvre des mythologies aux mythes informatiques», *RD*, 2010, núm. 13, pp. 783-789.

Problemas sobre los métodos de creación de la regla jurídica en el dominio actual. Necesidad de reorganización de fuentes clásicas para Internet. (*I. S. P.*)

ZAFRANI, I.: «Evolution jurisprudentielle de la présomption de titularité des droits de création», *GP*, 2010, núm. 169-170, pp. 29-35.

Problemas presentados por la jurisprudencia sobre la prueba de titularidad de los derechos de creación por una persona jurídica. (*R. A. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

BAZIN, E.: «Le droit pour l'enfant d'entretenir des relations avec ses ascendants», *GP*, 2010, núm. 41-42, pp. 7-12.

Aumento de los conflictos entre abuelos y nietos tras la ley de 2002 y su posterior reforma de 2007. El procedimiento jurídico para acordar las visitas. (*I. S. P.*)

BERNARDONI, R.: «Fondo patrimoniale e dovere di contribuzione, limiti all'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 184-196.

Ejercicio de la acción revocatoria ordinaria del artículo 2901 del Código civil italiano, del fondo patrimonial familiar. (*Alma R. G.*)

BUFFA, F.: «Tutela del minore extracomunitario e autorizzazione del genitore a permanere sul territorio ex art. 31 d. lgs. n. 268 del 1998 – nota a Cass. Ord. 19 gennaio 2010 n. 823», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 283-285. (*M. R. D. R.*)

CANESTRELLI, S.: «Note sul libero convincimento del giudice nell'utilizzo delle prove testimoniali», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1663-1691.

La sentencia de la Corte de Casación de 5 de agosto de 2008 se ha pronunciado, siguiendo una doctrina ya consolidada, sobre el complejo tema de la libre convicción del Juez en la valoración del material probatorio. Esta cuestión presenta particular interés en la valoración de las conductas de los cónyuges a los fines de un pronunciamiento sobre la pensión de separación. (*Alma R. G.*)

CHENEDE, F.: «Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage», *RD*, 2010, núm. 12, pp. 718-723.

Estudio a propósito de tres sentencias de la Corte de Casación civil, Sala 1, de 20 de enero de 2010 que utiliza el enriquecimiento injusto o sin causa en caso de liquidación patrimonial de la pareja de hecho. (*R. A. R.*)

GIACOBBE, E.: «La giurisdizione ecclesiastica tra ambiguità ed incertezze (e forse qualche ipocrisia)», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1951-1983.

Artículo relativo al procedimiento para la ejecución de sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

GIARNIERI, E.: «Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio per errore indotto da dolo», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 18-32.

El límite del orden público en materia de reconocimiento de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial. La incidencia del dolo ex canon 1098 del Código de Derecho Canónico en la declaración de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

GOSO, P. G.: «La nuova Convenzione europea sull'adozione dei minori», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 400-410.

Estudio de la nueva normativa sobre adopción de menores de 27 de noviembre de 2008. (*Alma R. G.*)

LA TORRE, A.: «Il matrimonio contratto dal coniuge di persona scomparsa (assente o presunta morta)», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 55-91.

Revisión del supuesto y efectos de la reaparición del ausente o declarado fallecido cuando su cónyuge ha contraído nuevo matrimonio (arts. 65 y 68 Código civil italiano). (*M. R. D. R.*)

LIOTA, G.: «Un altro passo verso la conoscenza dell'art. 69 del d.P.R. n. 396 del 2000 presso gli archivi dello stato civile», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 200-209.

Comentario jurisprudencial sobre la publicidad del matrimonio y del régimen patrimonial en la hipótesis de una familia formada por cónyuges extranjeros que han contraído matrimonio en el extranjero. (*Alma R. G.*)

LONG, J.: «La cura alla persona “dipendente” tra etica, legge e contratto», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 478-498.

Artículo sobre el deber de asistencia y de cuidado a los parientes más próximos. (*Alma R. G.*)

— «Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 312-317.

Comentario jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula del interés superior del menor a los casos de traslado de menores al extranjero con el progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia, tras el proceso de separación o divorcio. (*Alma R. G.*)

MAZZARIOL, R.: «L'intervento del coniuge non acquirente all'atto di acquisto di un bene personale: natura ed effetti. La presa di posizione delle sezioni unite», *NGCC*, 2010, núm. 3, pp. 253-260.

Comentario jurisprudencial acerca de la naturaleza de la participación del cónyuge no adquirente en el acto de adquisición, por parte de su cónyuge, de un bien destinado al uso profesional. (*Alma R. G.*)

MORANI, G.: «La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 1984-2003.

La Constitución Republicana y la condición de menor de edad. Las convenciones internacionales: la Convención de *New York* y la Convención Europea de Estrasburgo; las novedades principales que aportan ambas convenciones y las diferencias con el sistema interno italiano de protección de menores. (*Alma R. G.*)

MULON, E.: «Logement et famille», *GP*, 2010, núm. 141-142, pp. 8-16.

Problemas sobre el domicilio familiar alquilado entre los esposos durante el matrimonio y en caso de divorcio. Titularidad y gestión del contrato. (*I. S. P.*)

PARENTE, F.: «La libertà matrimoniale tra *status personae* e *status familiae*», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 129-163.

El autor considera que la libertad matrimonial, entendida como derecho de elección del propio *status*, ha adquirido una connotación más amplia respecto a su configuración tradicional; en efecto, si antes se reducía a la libertad de elegir entre contraer o no contraer matrimonio, actualmente debe entenderse también referida a la «libertad de los afectos» y a la «autonomía de gestión en las relaciones personales y de pareja», en clara alusión a la legitimidad de las parejas y matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Lo anterior va acompañado necesariamente de una definición flexible de familia. (*B. G. F.*)

RIONDINO, M.: «*Bonum coniugum* e giuridicità nel matrimonio canonico», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 2048-2091.

Valores conyugales en el matrimonio civil y confrontación con el *bonum coniugum* del matrimonio canónico. (*Alma R. G.*)

RONCHESE, F.: «Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà in concreto», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 172-176.

Comentario jurisprudencial relativo a la obligación de actuar de modo sumario en los procedimientos cuyo sujeto afectado es un menor de edad, en concreto, este comentario versa sobre un supuesto de atribución de la casa familiar tras una crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

ROSSANO, R.: «Errore su qualità personali del coniuge e ordine pubblico interno», *DFP*, 2010, núm. 1, pp. 411-425.

Error sobre las cualidades esenciales del cónyuge y reconocimiento de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial en el ordenamiento jurídico italiano. (*Alma R. G.*)

SALZANO, A.: «Note sull'applicazione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 in Italia ed all'estero. (A proposito di Cass. 27 maggio 2008 n. 13829)», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 2004-2091.

El secuestro internacional de menores: un fenómeno en constante aumento. Análisis sobre tal figura en la Convención de la Haya de 1989 y en el Reglamento CE n. 2201/2003. (*Alma R. G.*)

SAVI, G.: «Oneri di mantenimento del figlio naturale: per l'ingiunzione ex art. 148 c.c., una competenza a "discrezione" del genitore inadempiente?», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1808-1854.

Comentario jurisprudencial sobre la obligación de contribución al mantenimiento del hijo menor natural por parte del progenitor incumplidor: aspectos procesales del nuevo Derecho de Familia. (*Alma R. G.*)

SIMONA, C.: «Le unioni registrate e i Pacs in Europa», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 202-266.

Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de las parejas de hecho en Europa, con especial atención al sistema de *Pacs* (*Pact civil de solidarité*) adoptado en Francia. (*B. G. F.*)

VESTO, A.: «L'identità di sesso e il matrimonio: una strada percorribile?», *DFP*, 2009, núm. 4, pp. 1603-1617.

Comentario a la Ordenanza del Tribunal de Venecia de 3 de abril de 2009 que afronta la delicada cuestión de la validez del matrimonio homosexual. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Etats généraux du droit de la famille», *GP*, 2010, núm. 108-110.

Coloquio del Consejo nacional de abogados de 29 de enero de 2010 sobre la evolución de diversos aspectos jurídicos del Derecho de familia y su situación actual. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BULLO, L.: «Partecipazioni sociali e pluralità di eredi», *RDC*, 2010, núm. 2 parte prima, pp. 177-225.

La sentencia de *Cassazione a sezioni unite* n. 24657/2007 y revisión del tradicional principio de división automática del crédito en los supuestos de transmisión de participaciones sociales a una pluralidad de herederos. Diferencias de tratamiento jurídico, según el tipo de sociedad mantenida (personal, responsabilidad limitada o sociedad por acciones). (*M. R. D. R.*)

D'AURIA, M.: «Natura patrimoniale ed interesse morale dell'intesa che istituisce erede una fondazione disposta per testamento», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 318-333.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sección II, de 8 de octubre de 2008 (núm. 24813) sobre nulidad de pacto sucesorio celebrado

entre dos hermanos que constituyen una fundación y la nombran heredera universal. (B. G. F.)

DE BELVIS, E.: «Il legittimario in riduzione e la prova della simulazione degli atti compiuti in vita dal *de cuius*», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 207-212.

El heredero que interpone demanda solicitando la reducción de la legítima se equipara a los terceros a los fines de la facultad de acreditar, a través de testimonios y presunciones, la simulación de los actos realizados en vida del fallecido. (Alma R. G.)

DUTTA, A.: «Grenzen der Vertragsfreiheit im Pflichtteilsrecht», *AcP*, núm. 6, 2009, pp. 760-806.

El artículo analiza cómo en Derecho alemán los negocios patrimoniales en el ámbito familiar están sometidos a un severo control. Así sucede con la compensación de previsión (*Versorgungsausgleich*), en virtud de la que, con independencia del régimen económico matrimonial, en caso de divorcio los cónyuges se deben una compensación por las diferencias en los derechos o expectativas de derechos sobre atenciones de previsión (seguros de vida, enfermedad, jubilación, etc.). Por otra parte, aunque el BGB concede en principio una amplia libertad para prever la pensión compensatoria en caso de divorcio, estos pactos están siendo sometidos a un estricto control por el Tribunal Supremo; lo mismo sucede con los pactos sobre las modificaciones en el régimen de participación en las ganancias.

Sin embargo, el BGB concede ampliamente la posibilidad de pactar anticipadamente la renuncia a la expectativa legitimaria. El trabajo se centra en la posibilidad de aplicarle a estos pactos las mismas posibilidades de control que a los otros relacionados con la situación económica dentro de la familia. (M. G.-R.)

FIMIANI, P.: «Amministrazione di sostegno e testamento biologico», *GC*, 2010, núm. 2, pp. 93-103.

Reflexiones sobre la Propuesta de ley, aprobada por el Senado el 26 de marzo de 2009 y transmitida a la Cámara el 31 de marzo de 2009 con el n. 2350, sobre testamento biológico, por el que se nombra un fiduciario que represente al paciente en la toma de decisiones médicas, cuando se encuentre en las situaciones previstas por éste. (M. R. D. R.)

PETTI, G.: «Clausole contraddittorie del contratto e del testamento tra conservazione e interpretazione di buona fede», *RTDPC*, 2010, núm. 2, pp. 419-447.

Estudio del problema interpretativo de las cláusulas contradictorias en el ámbito negocial bilateral, contractual y unilateral, testamentos: triunfo del principio de conservación del negocio e interpretación eficaz de la cláusula conforme a la buena fe. (M. R. D. R.)

RÖTHEL, A.: «Testierfreiheit und Testiermacht», *AcP*, núm. 1, 2010, pp. 32-66.

Insertado en un número del *AcP* dedicado a la autonomía privada, el artículo intenta dar una explicación más profunda de lo habitual a la libertad y el poder de testar; a juicio de quien esto escribe, sin aportar nada especialmente nuevo. (M. G.-R.)

VARIA

ANTIPOLIS, S.: «Le droit économique aujourd’hui», *RD*, 2010, núm. 23, pp. 1436-1441.

Necesidad de adaptar el Derecho económico a los cambios sociales, jurídicos y económicos del siglo xxi para que vuelva a ser útil. (R. A. R.)

BASEDOW, J.: «Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht. Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur», *AcP*, núm. 2, 2010, pp. 157-195.

Trabajo sobre la evolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que empezó siendo un tribunal administrativo y un tribunal internacional. En la actualidad, aparte de las cuestiones de carácter administrativo, toma muchas decisiones en materia de Derecho privado.

Considera el autor que al Tribunal le falta formular principios generales sobre el Derecho privado europeo, debido en buena parte al carácter disperso de las normas europeas de Derecho privado. El autor propone una descentralización del Tribunal de Luxemburgo, así como una reforma del procedimiento, de manera que pueda pronunciarse en materia de Derecho privado, no sólo por las cuestiones previas de interpretación que le plantean los tribunales nacionales, sino mediante recursos planteados por particulares tras agotar las vías procesales ante los tribunales nacionales. (M. G.-R.)

— «The Court of Justice and Private Law Vacillations. General Principles and the Architecture of the European Judiciary», *ERPL*, núm. 3, 2010, pp. 443-474.

El mismo artículo que el anterior, pero en versión inglesa (M. G.-R.)

BEDON, N.: «Acte d’avocat et contrat de construction de maison individuelle», *GP*, 2010, núm. 127-128, pp. 37-38.

Estudio a propósito del Proyecto de Ley de modernización de las profesiones jurídicas y judiciales. Consecuencias de los actos firmados por abogados. (I. S. P.)

BUY, F.: «Reforme de la profesión d’agent sportif», *GP*, 2010, núm. 181-182, pp. 7-10.

Ánalisis de la Ley 2010-626, de 9 de junio de 2010, y las dudas sobre si un abogado puede o no ejercer tal actividad. (R. A. R.)

CALZOLAIO, E.: «La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 71-102.

La responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario: los presupuestos del ilícito del Estado, los caracteres de la norma vulnerada, el problema de la culpa del Estado y la exigencia de que la violación esté «suficientemente caracterizada», el nexo de causalidad y, por último, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional. (*Alma R. G.*)

COSTA, J. P./SAUVÉ, J. M.: «Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme», *RD*, 2010, núm. 22, pp. 1364-1373.

Conferencias pronunciadas ante el Consejo de Estado sobre el principio de subsidiariedad. Costa se centra en la evolución de este principio en la jurisprudencia europea y Sauvé estudia el fundamento de este principio tal y como se invoca en las demandas judiciales. (*I. S. P.*)

DEPARIS, B.: «RPVA: experience pratique, bilan positif», *GP*, 2010, núm. 192-194, pp. 9-11.

Consecuencias prácticas de la comunicación electrónica en el proceso civil. Valor para el abogado. (*I. S. P.*)

DI BENEDETTO, D.: «Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 1, pp. 24-61.

Análisis del fenómeno *eBay* de subastas por internet: rasgos principales, diferencias con la subasta tradicional, reglas propias e instrumentos de tutela. (*B. G. F.*)

FLEUROIT, D.: «L'accessoire et le principal. La directive Services», *GP*, 2010, núm. 178-180, pp. 8-18.

Parte del estudio sobre la Directiva de servicios europea en el que se analizan sus consecuencias económicas. El interés general y su relación con el interés del consumidor y con el interés del ciudadano. (*R. A. R.*)

LASSERRE-KIESOW, V./LE MORE, P.: «Jeux en ligne. Nouvelle regulation sectorielle», *RD*, 2010, núm. 24, pp. 1495-1501.

La declaración de conformidad a la Constitución de la Ley 2010-476 abre la competencia y encuadra una parte del mercado del juego en la red. (*I. S. P.*)

SELUCKÁ, M.: «Civil Law in the Czech Republic: The Draft Version of the Civil Code and Consumer Protection», *ERPL*, núm. 1, 2010, pp. 155-164.

La autora estudia el proyecto de nuevo Código civil checo, ya que el actual es el comunista de 1964, aunque con importantes modificaciones de 1991. Se critica la escasa atención a la protección de los consumidores, así como la incorporación de terminología de origen anglosajón, contraria a la

propia tradición. Además, muchas cuestiones de Derecho general de obligaciones están actualmente insertas en el Código de Comercio, lo que provoca muchos problemas interpretativos. (M. G.-R.)

VIGORITI, V.: «Giustizia e futuro: conciliazione e *class action*», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 1-5.

Nuevos modelos de tutela en el Ordenamiento jurídico: la *class action* (tutela en forma colectiva que busca la reparación de los daños causados a varios sujetos por un mismo hecho lesivo, regulada en América por la *rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure*) y la conciliación (búsqueda de instrumentos de solución de las controversias alternativos al contencioso). (Alma R. G.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BOULOC, B.: «Plaidoyer pour une autorisation judiciaire et un contrôle effectif des visites et saisies du droit communautaire de la concurrence», *GP*, 2010, núm. 87-89, pp. 11-19.

Los poderes de la comisión para poder hacer valer el derecho comunitario de la competencia como la inspección de empresas no sometidas a la autorización judicial. (R. A. R.)

LAMETHE, D.: «Les paradoxes des administrateurs indépendants», *RD*, 2010, núm. 9, pp. 508-509.

El autor enumera tres paradojas sobre el administrador independiente: 1.-la dificultad de dar una definición global; 2.-el comportamiento es a la vez individual y colectivo, y 3.-el futuro incierto incluso si son nombrados por el Consejo de Administración. (R. A. R.)

MARMOK, F.: «L'EIRL: nouvelle technique d'organisation de l'entreprise», *RD*, 2010, núm. 25, pp. 1570-1580.

Estudio sobre el Proyecto de ley sobre creación del Estatuto del empresario individual. La novedad de su posible limitación de responsabilidad y la Ley 2010-858 de 15 de mayo. (I. S. P.)

PETIT, S.: «Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales», *RD*, 2010, núm. 28, pp. 1813-1819.

Derecho de la competencia. Problema de las amenazas a una ruptura total de las relaciones comerciales. Su prueba. (I. S. P.)

PIERAZZI, E. M.: «L'Outsourcing», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1349-1364.

Consideraciones acerca del objeto, las formas y la ubicación del *outsourcing*, particular técnica de organización empresarial en base a la cual una empresa (*outsourcee*) encarga determinadas fases del proceso productivo a un tercero (*outsourcer*). (Alma R. G.)

SCHIUMA, L.: «Il gruppo dell'impresa sociale», *NLCC*, 2009, núm. 6, pp. 1183-1196.

Ánalisis del *d. legisl. 24 marzo 2006, n. 155*, sobre los tipos de empresa social: pública o controlada por la administración pública, y la empresa privada con ánimo de lucro. (M. R. D. R.)

ROBINE, F./COLOMER, P.: «La valorisation des fonds de commerce», *GP*, 2010, núm. 195-198, pp. 7-27.

Número especial donde se estudia la evolución de los fondos de comercio y su actualización en diversos establecimientos mercantiles. (R. A. R.)

STÜRNER, R.: «Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?», *AcP*, núm. 1, 2010, pp. 105-155.

En este número del *AcP* dedicado a la autonomía privada, el autor se queja de los excesos liberales del mundo anglosajón y su traslado sin reflexión al mundo europeo, centrándose en el Derecho de la competencia. Pone de manifiesto que este liberalismo sin límites ha difuminado los límites entre astucia negocial y honradez. (M. G.-R.)

VV. AA.: «Le nouveau règlement d'exemption verticale du 20 avril 2010 et ses lignes directrices», *GP*, 2010, núm. 155-156, pp. 11-13.

El Reglamento europeo constituye junto con las líneas directrices publicadas a la vez el marco de análisis de las relaciones comerciales verticales, es decir, entre los operadores en distintos niveles de la economía. (R. A. R.)

— «Droit de la concurrence», *GP*, 2010, núm. 50-51.

Número especial sobre la regulación comunitaria tras el Reglamento de Roma II. Crónica jurisprudencial de Europa y Francia. (I. S. P.)

— «La mediation du credit aux entreprises», *GP*, 2010, núm. 64-65.

Diversos estudios sobre la mediación bancaria entre empresas tras el nombramiento hecho por el Presidente de la Republica el 23 de octubre de 2008 para asegurar la estabilidad bancaria. (I. S. P.)

ZORZI, N.: «Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 433-476.

La valoración de la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado en relación a la delimitación de prácticas comerciales desleales. (Alma R. G.)

DERECHO DE SOCIEDADES

ARAGIUSTO, M.: «Il lavoro nelle cooperative: luci e (soprattutto) ombre», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 301-312.

Nueva normativa italiana acerca de la posición del socio en las cooperativas. (*Alma R. G.*)

CAPRARÀ, A.: «La presidenza del collegio sindacale», *CI*, 2010, núm. 1, pp. 206-235.

Nuevas normas sobre el nombramiento y funciones del Presidente del Colegio Sindical. (*Alma R. G.*)

— «Delibera che legittima il diritto di recesso e la mancata determinazione del valore delle azioni: punti interpretativi», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1279-1297.

El derecho de desistimiento del socio en la normativa reguladora del Derecho de sucesiones. (*Alma R. G.*)

FORTUNATO, S.: «Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 477-498.

Las cláusulas generales en el Derecho de sociedades: el carácter objetivo de las cláusulas generales en la información societaria, el poder del juez y sus límites; el uso jurisprudencial de la cláusula general de la claridad y verdad en los últimos treinta años; el valor informativo del balance; el contenido de los documentos de información contable y los principios contables y, por último, el proceso de estandarización y los principios contables de carácter internacional. (*Alma R. G.*)

LE CORE, P. M.: «Resolution du plan de cession et adoption d'un second plan de cession», *GP*, 2010, núm. 183-184, pp. 9-12.

Debate francés en la doctrina y en la jurisprudencia sobre si la resolución provoca o no efecto retroactivo, y sobre las causas de resolución de un plan de cesión. (*I. S. P.*)

MANCUSO, C.: «La disciplina della connessione nel rito societario alla luce di C. cost. n. 71 del 2008 – nota a C. cost. 28 marzo 2008 n. 71», *GC*, 2009, núm. 12, pp. 2639-2647. (*M. R. D. R.*)

MAZZU, C.: «Regime di comunione legale ed aumenti di capitale nelle società di persone», *GC*, 2009, núm. 12, pp. 441-453.

Observaciones sobre las decisiones de la Corte de Casación asimilando las cuotas de las comunidades de bienes a las cuotas de participación en sociedades de persona respecto de los negocios transmisivos. (*M. R. D. R.*)

MENTI, P.: «Attuazione della dir. 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali», *NLCC*, 2009, núm. 6, pp. 1309-1378.

Análisis del *d. lgs. 30 maggio 2008, n. 108*, sobre fusiones transnacionales de sociedades de capital: condiciones, normativa aplicable, control de legitimidad, eficacia, efectos, etc. (*M. R. D. R.*)

OLIVIERI, G.: «I sistemi alternativi di valutazione dei conferimenti in natura nelle s.p.a», *RDC*, 2010, núm, 2 parte prima, pp. 227-245.

Análisis del sistema de valoración de las aportaciones *in natura* en las sociedades por acciones, a propósito de la norma introducida por el *d. legisl. 4 agosto 2008, n. 142* en aplicación de la Directiva 2006/68/CE. (*M. R. D. R.*)

PEDERZINI, E.: «La disciplina dell'offerta pubblica d'acquisto», *NLCC*, 2010, núm. 1, pp. 43-225.

Análisis del *d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, sobre la regulación de la oferta pública de adquisición de acciones: definición, tipos, derecho aplicable, figuras de control, obligaciones de los oferentes, desarrollo de la oferta, responsabilidad y sanciones por incumplimiento, derecho de adquisición, etc. (*M. R. D. R.*)

RENA, L.: «L'esercizio dei diritti sociali in ipotesi di sequestro di azioni e quote e la violazione del diritto di opzione come causa di annullabilità della delibera», *CI*, 2010, núm. 2, pp. 323-351.

El secuestro de acciones y cuotas de sociedades en relación con el ejercicio del derecho al voto por parte de los socios. (*Alma R. G.*)

— «La responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1298-1333.

Artículo sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades de responsabilidad limitada: legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (del socio individual y de la sociedad), el ejercicio de la acción social por parte de los acreedores de la sociedad, la responsabilidad hacia los socios individuales y hacia terceros, la responsabilidad de los socios que han decidido o autorizado el cumplimiento de los actos lesivos. (*Alma R. G.*)

SANDEI, C.: «Globalizzazione del mercato e nuove misure pubblicitarie: l'integrazione dell'art. 2250 c.c.», *RDC*, 2010, núm. 2, parte segunda, pp. 189-201.

Reflexiones sobre la necesidad de un sistema eficiente de publicidad de entes societarios, en beneficio del mercado único europeo. Argumentos a favor del Registro Mercantil como instrumento de transparencia y seguridad del mercado. (*M. R. D. R.*)

TELLIER-LONIEWSKI, L./PLATON, A.: «Hadopi: deux pas en avant, un pas en arrière», *GP*, 2010, núm. 204-205, pp. 9-14.

Estudio sobre las autorizaciones de la Cnil de 10 de junio de 2010 para adquirir los dominios de la industria musical. Su relación con el Decreto de 25 de junio de 2010. (*I. S. P.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

DELLA VEDOVA, I.: «Sulla forma degli ordini di borsa», *RDC*, 2010, núm. 2, parte seconda, pp. 161-187.

Observaciones sobre la figura del agente de bolsa como intermediario en operaciones bursátiles y requisitos de forma del contrato de prestación de servicios de gestión financiera. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

EINSELE, D.: «Lastschriften mit Einzugermächtigung als autorisierte Zahlungsvorgänge», *AcP*, núm. 6, 2009, pp. 719-759.

La autora trata la cuestión de los pagos mediante domiciliación bancaria (*Lastschriften*). A diferencia de la mera transferencia, el procedimiento de domiciliación y pago se puede iniciar, no a instancia del deudor, sino del acreedor. En realidad, se trata de un acuerdo entre ambos por el que el primero autoriza (*Einzugermächtigung*) al segundo a cobrar de su cuenta las cantidades que le adeude (a su vez, cada una de las partes tiene el contrato correspondiente con su propio banco). Sin embargo, una vez hecho el cargo, el deudor tiene un plazo para rechazar el pago hecho por su banco. En esto se tiene en cuenta también la Directiva de la Unión Europea 2007/64, sobre Servicios de Pago en el Mercado Interior, luego transpuesta al Derecho alemán por Ley de 2009, en parte dentro del BGB (§§ 675a a 676c; para el Derecho español, v. la Ley de Servicios de Pago, de 2009).

El problema que se plantea es que la Sala 9.^a de lo Civil del Tribunal Supremo alemán –competente para cuestiones bancarias– considera en general que la *Einzugermächtigung*, a pesar de su nombre («autorización de cargo») no supone una autorización definitiva, sino sólo un acuerdo sobre un procedimiento de pago, que sólo será efectiva, según esta Sala y la mayoría de la doctrina, con lo que se podría llamar en este contexto «ratificación» (*Genehmigung*). Sin embargo, la Sala 11.^a de lo Civil del mismo Tribunal –competente en materia de concurso– considera que el rechazo a la ratificación por el deudor puede consistir en determinados casos un abuso de Derecho, lo que puede dar lugar a una indemnización de daños por conducta contraria a las buenas costumbres (§ 826 BGB), en el supuesto de que después resulte que el deudor es insolvente, cuando, en cambio, no lo era en el momento de la solicitud de cobro por parte del acreedor. (*M. G.-R.*)

FERRO-LUZZI, P.: «Attività e prodotti finanziari», *RDC*, 2010, núm. 2, parte segunda, pp. 133-145.

Observaciones sobre la actividad financiera de las entidades bancarias: tipos y peculiaridades de los productos financieros. (*M. R. D. R.*)

JOUANNEAU, F./POTTIER, I.: «Achats publics: une guide pour accelerer la montee en puissance de la dematerialisation», *GP*, 2010, núm. 204-205, pp. 22-24.

La desmaterialización de títulos y los mercados. Problemas jurídicos para los agentes del tráfico. Guía de la desmaterialización. (*R. A. R.*)

LUPOI, A.: «Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)», *CI*, 2009, núm. 6, pp. 1244-1278.

Artículo sobre la transparencia en general. Y, en concreto, la transparencia en el sector bancario y financiero: el comportamiento de los intermedios. (*Alma R. G.*)

SALATINO, G.: «La diffusione dei contratti di *swap* nella prassi commerciale italiana, un nuovo scandalo finanziario», *NGCC*, 2010, núm. 2, pp. 116-128.

Problemas varios relativos a los productos financieros: ¿instrumentos para la cobertura de riesgos o para nuevas formas de especulación financiera? La suscripción de los contratos de *swap*. (*Alma R. G.*)

TORRES, Ch.: «Le credit scoring: une pratique tres encadree par le Cnil», *GP*, 2010, núm. 204-205, pp. 25-27.

Controles y sanciones a la banca por las prácticas abusivas contra los clientes. Autorización del Cnil. (*I. S. P.*)

WILLER, R.: «Die *parallel debt* als Sicherheitsträger», *AcP*, núm. 6, 2009, pp. 807-839.

Trabajo sobre los llamados créditos sindicados que aceptan un grupo de bancos cuando el préstamo es de una alta cuantía para uno solo; el consorcio constituye una sociedad interna. Hasta ahora lo corriente era nombrar a uno de los bancos como representante de los demás. Sin embargo, por influencia americana, cada vez más se nombra a un tercero externo para gestionar el préstamo sindicado, tercero al que podríamos llamar fiduciario (*Treuhänder, security agent*). Cada uno de los bancos concede a este fiduciario un derecho independiente al cobro de la deuda (promesa abstracta de deuda), y de ahí que se hable de deuda paralela.

Esta figura tiene ciertas ventajas, en cuanto que los bancos no tienen que aportar al consorcio las garantías abstractas que tuvieran de la devolución de la deuda (p. ej., la *Grundschuld*), evitando los costes que ello conlleva; y además se logra sortear la imposibilidad legal de aportar al consorcio las garantías accesorias de la deuda. (*M. G.-R.*)

DERECHO CONCURSAL

ANTONINI-COCHIN, L.: «L'effet reel de la procedure collective consacre par la Cour de cassation», *GP*, 2010, núm. 183-184, pp. 13-16.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Casación mercantil de 16 de marzo de 2010, que consagra por primera vez el efecto real. (R. A. R.)

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. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.^a BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, 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

PARTE GENERAL

1. Principio que prohíbe ir contra los propios actos. Debe tratarse de actos válidos y eficaces en Derecho.—Las sentencias que se citan en el motivo son las de 4 de marzo y 30 de septiembre de 1992, y 30 de septiembre de 1996. Las tres tienen que ver con la doctrina consolidada de esta Sala sobre los actos propios en el sentido de que si bien es cierto que prohíbe ir a su autor contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida «intención manifiesta» (además, SSTS de 18 de octubre de 1982; 24 de febrero de 1986; 17 de julio de 1995; 21 de abril y 19 de febrero de 2004), que es lo sucedido en este caso. En efecto, es el arrendador quien promueve la actualización de

la renta y la fijación del tiempo del contrato, y quien en fecha 26 de enero de 2001 pone en conocimiento del arrendatario que se va a proceder a ambas cosas, conforme a la DT 3.^a LAU de 1994. La actualización se hace en función de la actividad que se lleva a cabo en el local y de la cuota según las tarifas del IAE correspondientes al ejercicio de 1994. Datos que correspondía acreditar al arrendatario, según dispone el último párrafo del apartado 4.^º de la DT 3.^a citada («Incumbe al arrendatario la prueba de la cuota que corresponda a la actividad desarrollada en el local arrendado. En defecto de prueba, al arrendamiento tendrá la mínima de las duraciones previstas en el párrafo primero»). Este traslado de datos del arrendatario al arrendador supone la aceptación por éste de un recibo del IAE en el que figura una cuota mínima municipal que no era la que realmente correspondía al local, como se demostró con posterioridad, lo cual produjo un doble efecto: a) ampliar la duración del contrato a un periodo de veinte años mayor que el que realmente le correspondía en aplicación de la regla 2.^a del apartado 4 de la DT 3.^a de la LAU, al ser la cuota inferior a 85.000 pesetas, según las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, y b) revisar la renta con arreglo a los porcentajes y plazos previstos en la regla 9.^a a) del apartado 11 de la DT 2.^a de la LAU, a la que se remite la regla 4.^a del apartado 6 de la DT 3.^a para los arrendamientos a los que corresponde un periodo de extinción de veinte años. La pasividad de la actora en el ejercicio de sus derechos o las dudas sobre cual debía ser la cuota de IAE, permitió un curso contractual distinto del que correspondía, mas ello en modo alguno constituye acto propio vinculante para la misma pues no se corresponde con la realidad debidamente constatada, distinta de la que fue aceptada, y sí un acto que obliga a adaptar el contrato a la situación que resulta de la norma de aplicación y que en el caso supone su extinción en la forma que dispuso la sentencia de la primera instancia, cuyas conclusiones se aceptan al asumir ésta Sala la instancia, casando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (**STS de 28 de septiembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El arrendador de un local de negocios puso en conocimiento del arrendatario en 2001 que se había procedido a la actualización de la renta del local conforme a la DT 3.^a de la LAU, con base en la copia del recibo del Impuesto del IAE correspondiente al año 1994 que recibió de la arrendataria, en el que figuraba como cuota mínima municipal la cantidad de 40.500 pesetas, expresando que el periodo de extinción del arrendamiento sería el de veinte años. La notificación había incurrido en un error, pues la verdadera cuota era de 400.500 pesetas, por lo que correspondía un periodo de extinción de cinco años. Instado por el arrendador en 2002 un procedimiento de desahucio, el arrendatario se defendió alegando que el arrendador le había concedido un plazo de extinción de veinte años y que no podía ir contra sus propios actos. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al estimar que el arrendador demandante no estaba vinculado por sus propios actos, ya que había incurrido en un vicio de error al formular su comunicación (*L. F. R. S.*)

2. Prescripción de la acción de responsabilidad de administradores de sociedad anónima.—Tanto en el caso de las acciones a que se refieren los artículos 133 a 135 LSA cuanto los supuestos de la responsabilidad de los artículos 262.5 en relación con el 260.1 LSA, según ha establecido, ya con claridad y de modo consolidado, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 26 de octubre de 2007, que recoge otras anteriores, como las de 26 de mayo de 2004, 22 de marzo, 13 y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 y 9 de marzo, 23 y 26 de junio, 9 y 27 de octubre y 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero, 8 y 14 de marzo de 2007, 5 de marzo de 2009, etc.) esta responsabilidad nace desde que, producido el conocimiento de la situación de insolvencia o de la concurrencia de alguna de las causas de disolución a que se refieren los apartados 3.º, 4.º, 5.º o 7.º del artículo 2601.1 LSA, han transcurrido los plazos que señalan los artículos 262.2, 262.4 y 262.5 LSA sin que se haya verificado la promoción de la Junta, de la disolución judicial o del concurso (según el texto actualmente en vigor) en los términos que allí se señalan, y prescribe a los cuatro años del cese, por cualquier causa, como Administradores, como dispone el artículo 949 CCO, computándose desde la inscripción de su cese en el Registro Mercantil (SSTS 13 de abril de 2000, 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006, etc.), doctrina que ha de entenderse (SSTS de 26 de mayo y 26 de junio de 2006, 5 de marzo de 2009, etc.) en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los Administradores por falta de inscripción en el registro Mercantil no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la existencia de dicha responsabilidad.

Enriquecimiento injusto.—Solo cabe acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto como remedio residual, subsidiario, en defecto de acciones específicas, como factor de corrección de una atribución patrimonial carente de justificación en base a una relación jurídica pre establecida, ya sea una causa contractual o una situación jurídica que autorice al beneficiario a recibir la atribución (SSTS de 29 de abril de 1998, 19 de febrero de 1999, 6 de junio de 2002, 28 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 3 de enero, 24 de abril y 19 de mayo de 2006, 22 de febrero y 4 de junio de 2007, entre otras). Es claro que en el caso se dan la situación jurídica que ampara la atribución y la norma que la justifica. Sin perjuicio de señalar que en el Derecho español no existe una *condictio sine causa generalis* y que el «enriquecimiento sin causa» no permite una revisión del resultado, más o menos provechoso para una de las partes, de los negocios llevados a cabo en relación con otras por razón de que hayan generado un incremento patrimonial que pueda entenderse desproporcionado con la contraprestación efectuada por la otra parte.

Ejercicio abusivo del derecho.—Ejercicio del derecho a la recuperación de las cantidades entregadas por razón del contrato mediante el cual se pretendía la adquisición de un inmueble que no llegó a producirse, deducida la cantidad que fue el importe del precio de remate de la finca hipotecada que se adjudicó, en términos razonables, constituye una actuación dentro de los límites del derecho de la parte actora (SSTS de 3 de noviembre de 1990, 30 de mayo de 1998, 18 de junio de 2000, 28 de mayo y 2 de julio de 2002, 28 de enero de 2005, etc.). (STS de 12 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—La demanda se basa en el incumplimiento del contrato suscrito entre doña Elena (parte actora) y D., así como en el

posterior incumplimiento de la obligación de finalizar la construcción y entregar a la demandante en el plazo pactado un apartamento con plaza de garaje. La pretensión básica se dirige a que se declare resuelto el contrato de compraventa, condenando a la entidad demandada y, con ella, solidariamente, a sus administradores y a otras sociedades del grupo, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, al pago de la cantidad demandada en concepto de devolución del precio pagado por la compra, más daños y perjuicios. Concluido el plazo de entrega del apartamento, doña Elena ejecutó la hipoteca que garantizaba el precio pagado por la compra. La finca le fue adjudicada, en tercera subasta por el precio de 40.000.000 de pesetas. Entiende la demandante que D. le sigue adeudando la cantidad de 75.633.200 pesetas, resto de la suma entregada para pago del precio del apartamento a D., deducidos los 40.000.000 de pesetas, importe del remate de la finca hipotecada, y es lo que reclama en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso interpuesto por la parte actora, condenado a D. y sus administradores sociales solidariamente a pagar la cantidad reclamada.

Interponen el recurso de casación dos de los administradores sociales, alegando infracción de la jurisprudencia sobre el abuso de derecho, la equidad y el enriquecimiento injusto, así como de los artículos 1902 y 1968.2 CC en base del artículo 262.5 LSA. El recurso de casación fue interpuesto también por la demandante pretendiendo que la responsabilidad alcanzase también a los administradores que renunciaron el cargo después de fijarse el reconocimiento de la deuda en escritura pública. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los tres recursos. (M. L. K.)

3. Responsabilidad extracontractual: *dies a quo* para el cómputo de la prescripción.—[...] la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (SSTS de 23 de octubre de 2007 y 17 de julio de 2008, entre muchas otras). Por lo que se refiere al cómputo de la prescripción cuando se trata de responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona, como se recoge en S de esta Sala de 14 de julio de 2008, que cita la de 3 de diciembre de 2007, «es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, “*dies a quo*”, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios. La doctrina relativa a que “en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto acaecido”, constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (SS de 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero

de 2003 ó 13 de julio de 2003, que a su vez cita las de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994»). En el mismo sentido, la S de 3 de octubre de 2006, distingue entre el alta médica y la determinación de las secuelas invalidantes, con mención de numerosa jurisprudencia, concluyendo, «en los casos de lesiones corporales y daños consiguientes, que la determinación del evento indemnizable no se configura hasta que no se establezcan, con carácter definitivo, las secuelas causadas por el suceso lesivo, de manera que el *“dies a quo”* para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por aquél». Igualmente, la S de 20 de septiembre de 2006 dice que ello se conoce como determinación invalidante de las secuelas y que esta determinación «situá el *“dies a quo”* no a partir de la fecha en que el perjudicado tiene constancia del alta médica definitiva sino del momento en que queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados cuando tras el alta médica se mantienen secuelas residuales que precisan un tratamiento posterior o, como sucede en el caso de autos, cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador pues solo entonces se dispone de un dato –incapacidad –que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS de 22 de noviembre y 21 de diciembre de 1999; 22 de enero; 13 de febrero de 2003; 1 de febrero de 2006)». De modo específico, en la S de 1 de febrero de 2006 se dice que, tratándose de daños corporales, el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de producción de la lesión, sino desde aquél en el que el perjudicado tuvo conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo, cuando se ha seguido expediente para dirimir, definitivamente, cuál ha sido la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, sólo entonces se dispone de un dato –incapacidad –que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido.

En el caso de autos [...] el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconoció a Eliseo la prestación del Régimen General por incapacidad permanente total para la profesión habitual de conductor de camión derivada de accidente no laboral. Contra dicha resolución el actor presentó reclamación previa ante el INSS, que se desestimó, y presentada demanda ante la jurisdicción social, el Juzgado de lo Social dictó sentencia en la que, considerando acreditado que el trabajo del beneficiario consistió siempre desde su alta hasta su baja en el de palista de maquinaria pesada y por tanto también cuando ocurrió el accidente no laboral, declaró que la profesión habitual del actor para la que está afecto de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral es la de palista de maquinaria pesada y no la de conductor de camión. Esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en sentencia desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

Por lo tanto, el exacto quebranto producido por las lesiones no quedó determinado hasta que en la Jurisdicción Social no se declaró cuál era la profesión habitual a la que afectaba la capacidad invalidante. Esta determinación puede tener consecuencias económicas, teniendo en cuenta la compatibilidad o incompatibilidad de las profesiones que después pueda ejercer el perjudicado y también la posibilidad de revisión de la calificación por agravación o mejoría, para lo cual tiene incidencia la profesión que se determine como

habitual. Ello justifica que el interesado impugnara ante la Jurisdicción Social la determinación de la profesión habitual que realizó el INSS. Y tan es así que, en el caso que nos ocupa, la profesión habitual del lesionado ha sido materia de debate durante el litigio, pues los demandados han dado gran importancia, en cuanto a la aplicación de los factores de corrección, a que la profesión habitual del lesionado fuese la de conductor de camión no la de palista de maquinaria pesada, pues sostienen que el lesionado conducía un camión, hasta el punto de aportar un informe de detectives, e incluso en el recurso de apelación la compañía aseguradora alegó que el actor continuaba realizando el mismo trabajo que llevaba a cabo antes del accidente, a fin de que no fuera aplicada cantidad alguna como factor de corrección por la incapacidad permanente. Tampoco se debe ignorar que la demanda se interpuso al poco tiempo de dictarse sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y que, previamente, el Sr. Eliseo solicitó el desglose de todos los documentos aportados y el testimonio íntegro del juicio de faltas, al objeto de, se cita literalmente, «poder proceder a su presentación en procedimiento ordinario» lo que constituye indicio de no haber procedido al abandono de sus derechos.

Así pues, se estima que el *«dies a quo»* en que ha de comenzar el cómputo de la prescripción es el 10 de junio de 2002, fecha en que se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por ser aquella en que de modo exacto se determinó la entidad del quebranto producido por el lesionado, al identificar la profesión habitual sobre la que recaía y por lo tanto la acción no puede considerarse prescrita, al haberse presentado la demanda el 5 de septiembre de 2002.

Cálculo de los intereses moratorios del artículo 20 LCS.—El cálculo de los intereses del artículo 20.4 LCS ha de hacerse conforme al criterio jurisprudencial sentado por la Sentencia del Pleno de la Sala de 1 de marzo de 2007, aplicada reiteradamente en posteriores resoluciones de esta Sala —como en SS de 26 de noviembre de 2008 y 25 de febrero de 2009—, que estableció como doctrina jurisprudencial para el cálculo de los intereses de dicho precepto la siguiente: «durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar los ya devengados diariamente hasta ese momento». (STS de 20 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Eliseo interpuso demanda contra don Justo y su compañía de seguros reclamando indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del atropello ocasionado por la motocicleta que el demandado conducía. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la reclamación y condenó a los demandados a que abonasen al actor determinada cantidad. Tanto la aseguradora como don Justo fueron condenados al pago de intereses sobre la cantidad anterior. Interpusieron recurso de apelación el actor y la aseguradora. La Audiencia estimó el de la compañía —rechazando, como consecuencia, la demanda en todos sus extremos— y desestimó el de don Eliseo. Acudió este último al Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso de casación

apoyado en la infracción de los preceptos del Código civil relativos a la prescripción. Asumida la instancia, el Tribunal Supremo rectifica el criterio de la Audiencia Provincial en cuanto al procedimiento seguido para fijar los intereses debidos por la aseguradora. (R. G. S.)

4. No interrumpe el plazo de prescripción de la acción la interposición de demanda que adolece de defectos no subsanados desistiendo a continuación de la prosecución de la *litis* ni la solicitud de justicia gratuita.—La interrupción de la prescripción produce el efecto de que el derecho no se extinga y comience de nuevo a contar el plazo establecido por la ley durante el que puede interponerse una reclamación. El Código civil permite esta interrupción en el artículo 1973 por medio de tres vías: a) la interposición de una reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial, y c) «cuálquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor». Como afirma la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 de febrero de 1966 y 11 de marzo de 2004), la reclamación es un acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho.

Nos encontramos en este supuesto ante la necesidad de interpretar la primera de las causas de interrupción permitidas en el artículo 1973 CC, es decir, el ejercicio de la acción ante los tribunales, en un caso en que se presentó la demanda, pero al adolecer ésta de unos defectos que produjeron el requerimiento judicial para su subsanación, fue retirada por la demandante, volviendo a presentarse un mes después, y transcurrido ya el año previsto para la prescripción en el artículo 1968.2.º CC, acabado el proceso penal seguido por el accidente que produjo el fallecimiento del marido de la actora.

La doctrina ha estado dividida desde la publicación del Código civil acerca del efecto interruptivo de una demanda que después se retira. La tesis de la negación del efecto interruptivo fue la tradicional porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción.

Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descripciones, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conociera la reclamación, se había producido el efecto interruptivo porque como afirma la S de 12 noviembre de 2007, con cita de sentencias anteriores, «[...] para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, lo que implica que no basta que la exteriorización de esa voluntad conservativa del derecho por parte de su titular se efectué por un medio eficaz [...], sino que además deben darse otros dos requisitos», que según la citada sentencia van a ser que en el acto de exteriorización se identifique claramente el derecho que se pretende conservar y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y, además, «que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto interruptivo exige “no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización” STS de 13 de octubre de 1994». Asimismo, la S de 12 de diciembre de 1995 consideró prescrita una acción

por haberse producido un desistimiento de la demanda, «por irregularidades en el poder del procurador que la representaba», irregularidades «que pudieron ser perfectamente subsanadas dentro de aquel proceso y al no serlo se realizó un desistimiento, sin necesidad legal alguna». Así en este caso, ni tan solo se llegó a conocimiento de los demandados el hecho de la interposición de la demanda.

Además no puede aceptarse que, como regla, la petición de abogado y procurador de oficio en virtud de lo dispuesto en la Ley 1/1996 produzca la interrupción de la prescripción, porque el párrafo primero del artículo 16 de dicha ley establece que «la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso». Es cierto que dicho artículo incluye algunas excepciones cuando el transcurso del procedimiento para pedir la justicia gratuita pudiera provocar la preclusión de un trámite (párrafo 2) o la indefensión de las partes, en cuyo caso el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la suspensión. Otra excepción tiene lugar cuando se produzca la petición durante el proceso, en que la acción queda interrumpida cuando «[...] no sea posible nombrar al solicitante abogado y, de ser preceptivo, procurador del turno de oficio que ejerzan la acción en nombre del solicitante». Ninguno de estos supuestos se ha producido en el litigio, por lo que también por estas razones debe rechazarse el recurso. (STS de 30 de septiembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 7 de marzo de 1991 falleció en accidente de trabajo don Luciano. Su viuda, doña M., a los efectos de reclamar la correspondiente indemnización por responsabilidad civil, inició diligencias previas, que se sobreseyeron por auto de 28 de enero de 1998 produciéndose el archivo definitivo el 26 de octubre de 1998.

El 25 de mayo de 1999 fue concedido a doña M. el beneficio de justicia gratuita y presentó demanda de reclamación de daños y perjuicios contra la empresa en la que trabajó su marido y otros responsables. Antes de la admisión de la demanda la actora fue requerida para que subsanase determinados defectos. Pero, en fecha 16 de junio de 1999, la demandante envió escrito al Juzgado por el que desistía de la prosecución del pleito solicitando su archivo. El 24 de noviembre de 1999, la demanda se presentó de nuevo. Los demandados alegaron la excepción de prescripción que fue acogida por el Juzgado desestimándose, como consecuencia, la reclamación. La sentencia de instancia fue confirmada por la Audiencia Provincial. Interpuso doña M. recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Vulneración del derecho al honor de una persona jurídica.—Ha de señalarse, en primer lugar, en cuanto a la posibilidad de vulneración del derecho al honor de una persona jurídica, que la misma es afirmada por la jurisprudencia de esta Sala. Así, como se exponía en S de 9 de octubre

de 1997, el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*). A su vez, la S 139/1995, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional contiene una doctrina que puede resumirse de la siguiente manera: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas: el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Siguiendo esta doctrina, la S de esta Sala de 14 de marzo de 1996 dice: «la persona física y, por extensión constitucional, la persona jurídica son merecedores de esa tutela» (se refiere al honor), y la de 20 de marzo de 1997 dice: «en lo que respecta a la cuestión de si las personas jurídicas pueden ser protegidas a través del ejercicio del derecho al honor, superando el brocado que especifica que “las personas jurídicas tienen prestigio pero no honor”. Efectivamente, aunque en la Constitución española no se contiene pronunciamiento alguno acerca de la titularidad del derecho al honor en relación a las personas jurídicas, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas. Sin embargo, a partir de la doctrina sentada a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas». En consecuencia, esta Sala ha proclamado que la persona jurídica tiene derecho al honor, protegido constitucionalmente por el artículo 18.1 CE, regulado por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, y tiene legitimación activa en el proceso ejercitado para su defensa. En la S de 4 de diciembre de 2008 se recuerda la doctrina expuesta.

Periodismo de investigación, información veraz, reportaje neutral.—[...] no cabe por tanto apreciar que se haya transmitido a la opinión pública información veraz, no estando exento el periodismo de investigación de observar este requisito en la información que transmite, veracidad que respecto de la que la STC 72/2002, de 8 de abril, establece que no debe confundirse con una exigencia de la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo. Tampoco cabe entender de aplicación la doctrina del reportaje neutral, conforme al cual la reproducción fiel o exacta de lo dicho por otro no constituye difamación, poniéndolo en relación con la veracidad de los actos grabados, pues, tal como se recoge en la S del Pleno de esta Sala de 16 de enero de 2009, con cita de las SS 6/1996, de 16 de enero y 17/2004, de 18 de octubre, cuando, como acontece con el llamado periodismo de investigación, es el propio medio el que ha provocado la noticia, el referido concepto no resulta aplicable.

Variedad de las formas de lesión del derecho al honor.—[...] la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor no puede excluirse porque no se vierten expresiones u opiniones vejatorias o injuriosas, pues puede realizarse de otros modos, como demuestra la propia redacción del artículo 7.7 de la LO 1/1982, al repudiar intromisión ilegítima la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En el presente supuesto, no cabe duda de que la imputación de numerosas irregularidades, hasta el punto de estarse en una situación insostenible, desmerece profundamente la reputación de la entidad demandante. (STS de 7 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad Centro geriátrico L. L., S. L y doña E. presentaron demanda de protección civil de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen contra una cadena de televisión y la empresa que la respaldaba por haber emitido un reportaje relativo a las residencias de la tercera edad en el que se expusieron irregularidades de tres residencias, una de ellas la demandante. Los reporteros, que ocultaron su identidad como tales, habían utilizado cámaras ocultas. Se solicitaba al órgano judicial declarase que con la emisión del reportaje se había lesionado el prestigio profesional de las actoras y el derecho a la propia imagen de doña E. El Juzgado de Primera Instancia, que rechazó la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de doña E., consideró que el reportaje había supuesto una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la residencia geriátrica demandante y condenó a las demandadas a indemnizar al centro. El recurso de apelación de éstas fue desestimado. Idéntica suerte corrió el recurso de casación. (R. G. S.)

6. Derecho al honor de las personas jurídicas.—Según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquélla (SSTC 223/1992 y 76/1995). Aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991). A través de los fines de la persona jurídica-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede ver así lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trata de una entidad mercantil no viene obligada a probar la existencia del daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que ésta no sea legítima (STC 139/1995). En el caso examinado, esta Sala considera que no puede aceptarse que la emisión televisiva que estamos considerando suponga una vulnera-

ción del derecho al honor de la empresa por las razones que se expresan a continuación. Se trataba de una serie de ficción (la serie *Periodistas*), por lo que la libertad de creación de los autores protegida por la Constitución Española debe ser ponderada en contraposición con el derecho al honor de la empresa. En el caso examinado debe darse prevalencia al primero de los expresados derechos. En efecto: (a) El derecho al honor de la empresa aparece afectado con escasa intensidad, (i) en términos generales, porque el derecho al honor de las personas jurídicas no se presenta con la misma intensidad que el de las personas físicas sino que los derechos fundamentales de las personas jurídicas deben considerarse en relación con sus fines y con su ámbito de actuación y, particularmente, el derecho al honor debe entenderse en relación con la protección para el ejercicio de sus fines y las condiciones de ejercicio de su identidad aspectos que se proyectan sobre un ámbito externo y funcional. [...]; (ii) en términos específicos, por la falta de identificación concreta de la empresa mediante el logotipo y el número de identificación del autobús y por la falta de demostración de que la emisión televisiva tenga una repercusión relevante en el ámbito de protección del ejercicio de las funciones de la empresa, más allá de una consideración abstracta de su prestigio, para lo que no basta que los trabajadores hayan podido sentirse afectados. (b) A su vez, el derecho a la libertad de creación artística protegido por la Constitución, en el caso de considerarse ilícita la emisión que consideramos, resultaría afectado con una intensidad muy superior, por cuanto el hecho de desempeñar la empresa demandante mediante concesión administrativa los transportes municipales en la ciudad de M. impide prácticamente escenificar con un mínimo realismo cualquier incidente dramático en que intervenga un autobús en M. o que afecte a los transportes que se realizan en la capital evitando en los espectadores conociedores de esta ciudad la evocación de la EMT. Las reglas de la ponderación conducen, en consecuencia, a atribuir prevalencia en el caso examinado al derecho de libre creación y a la consecuencia de que no se ha producido una vulneración del derecho al honor de la parte actora.

Derecho a la propia imagen de las personas jurídicas.—No puede aceptarse que mediante esta emisión se haya vulnerado el derecho a la imagen de la empresa actora [...]. En efecto, (a) el derecho fundamental a la propia imagen es el derecho de la persona a difundir su propia imagen y a impedir esa difusión por parte de terceros. Se trata, en consecuencia, de un derecho ligado al ámbito de intimidad de la persona. El Tribunal Constitucional considera que tiene como contenido «el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o se difundan sin su consentimiento» (STC 72/207, de 16 de abril). De esto se sigue que, por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física. Los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta por sí misma la infracción de un derecho fundamental. (b) No puede hablarse de utilización comercial o publicitaria de una imagen para referirse a la obtención de los beneficios ordinarios procedentes de la difusión de obras de creación, si no se demuestra que éstos resultan incrementados de manera relevante por el empleo indebido de la expresada imagen. (**STS de 21 de mayo de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Dos productoras televisivas habían localizado un autobús, previamente dado de baja para desguace por la Empresa Municipal de Transportes, del que se habían servido en dos conocidas series de televisión. La empresa interpuso demanda contra las productoras por intromisión ilegítima en su propia imagen dada la utilización del vehículo en, a juicio de la demandante, descrédito de la entidad. El Juzgado desestimó la demanda al considerar que el derecho a la propia imagen no jugaba respecto de las personas jurídicas y que la utilización del autobús no había supuesto menoscabo alguno en la reputación de la empresa. La Audiencia, discrepando en todos sus extremos de la resolución de instancia, la revocó y accedió a la indemnización de UNA peseta solicitada por la actora. Hubo lugar a los recursos de casación que interpusieron las productoras. (R. G. S.)

7. Alcance del derecho a la propia imagen.—El Tribunal Constitucional (entre otras, en SSTS 231/1988, 99/1994, 117/1994, 81/2001, 139/2001, 156/2001, 83/2002, 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como un «derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública». De esto se sigue que no se halla en cuestión el derecho a la propia imagen cuando no se ha producido información gráfica alguna sobre los rasgos físicos de una persona.

Relevancia pública e interés general, a efectos informativos, de la política urbanística.—Las partes reconocen que la información objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y no cabe duda acerca de ello, en grado muy singular, puesto que afecta a una cuestión de gran relevancia política, social y económica, como es el respeto por los partidos políticos y empresarios promotores a las reglas de planeamiento, a la adecuación de la política urbanística al bien común y a los principios de buen gobierno (entre ellos especialmente el de trasparencia) en relación con los beneficios económicos obtenidos mediante la construcción. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de información frente al derecho al honor es en el caso examinado de una importancia muy elevada. (**STS de 30 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un periódico nacional apareció una noticia en cuyo sobretítulo se decía que un constructor había pretendido pagar a los concejales de cierto partido político para que no se opusieran a una recalificación de terrenos. Asimismo se afirmaba —ya en el texto de la noticia— que el constructor había pagado a un matón para que agrediese a la abogada del partido ante la imposibilidad de llegar a un arreglo amistoso con la dirección de la formación política (que se había negado a retirar el recurso presentado por la letrada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma). El constructor ejercitó una acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra la editora del periódico, su director y el periodista responsable de la información. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y

condenó a los demandados, como autores de la violación del derecho al honor y a la propia imagen, a indemnizar al actor. La Audiencia confirmó la sentencia. La empresa y el director del periódico interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Se desestimó el primero pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación lo que implicó la estimación del recurso de apelación de los recurrentes en casación y la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia con desestimación de la demanda. (R. G. S.)

8. Publicación inconsentida de imágenes de notoriedad pública. Interés informativo.—La respuesta casacional pasa por dejar sentados, como hechos indiscutidos la profesión de notoriedad o proyección pública de la demandante, reconocida modelo fotográfica y de pasarela después de haber sido Miss España en 1995, el carácter de lugar abierto al público y normalmente concurrido de la playa ibicenca en la que estaba la demandante cuando se tomaron las fotografías, su falta de consentimiento para la captación y publicación de las mismas y la habitualidad con que la demandante disfruta de la playa en «top less» o sin la pieza superior del biquini.

A partir de estos hechos, lo que el recurso somete a la consideración de la Sala se reduce prácticamente a si la excepción contemplada en el artículo 8. 2.a) Ley Orgánica 1/1982 impone, además del carácter público de la persona y del lugar, otro requisito implícito constituido por el interés informativo de las imágenes, requisito entendido por la parte recurrente como inherente a los otros dos y por la sentencia recurrida como interés general propio de los medios informativos.

Para decidir al respecto habrá de reseñarse la jurisprudencia de esta Sala más recientemente aplicable al caso, esto es, la representada por sentencias que versan sobre la publicación inconsentida de imágenes de personas de notoriedad pública que disfrutan de la playa o la piscina desnudas o sin la parte superior del biquini y son fotografiadas en actitudes no reveladoras de momentos íntimos de su vida privada ni dañosas para su reputación y buen nombre; esto es, imágenes que únicamente pueden afectar al derecho fundamental a la propia imagen y no, además, a los derechos, también fundamentales, al honor, a la intimidad personal y familiar, ya que el ordenamiento jurídico español, a diferencia de los de otros Estados de nuestro entorno y del artículo 8 del Convenio de Roma, configura esos tres derechos fundamentales como independientes o autónomos, según señaló la S de esta Sala de 22 de febrero de 2006, con la consecuencia de que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumentará a medida que vulnere más de uno de estos derechos (STC 14/2003).

Esta jurisprudencia más específica se recopila en la reciente S de esta Sala de 18 de noviembre de 2008 mediante una expresa referencia a las de 29 de marzo de 1988, 1 de julio de 2004, 7 de abril de 2004, 28 de mayo de 2002, 12 de julio de 2004, 6 de mayo de 2002 y 18 de mayo de 2007 y a los casos sobre los que versaba cada una, desprendiéndose de su examen conjunto que la intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también, en un lugar público pero recóndito, apartado, buscado por la persona afectada precisamente para preservar la intimidad o determi-

nados aspectos de su imagen. Otras dos sentencias posteriores no desmienten este dato de la ilicitud de la intromisión. Así la de 24 de noviembre de 2008 [...] y la de 28 de noviembre de 2008 [...].

[...] Pues bien, de proyectar lo antedicho sobre los dos motivos examinados resulta que procede su estimación por haber infringido la sentencia recurrida el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 en relación con sus artículos 8.2 a) y 2.1 y con el artículo 20.1.d) CE: de un lado, al no admitir más interés informativo que el general y no reconocer, por tanto la existencia de un interés propio de los medios perteneciente al género frívolo, de entretenimiento o espectáculo, plenamente admitido por los usos sociales, para el que pueda ser noticia el físico de una reconocida modelo que, además, fue Miss España; y de otro, porque si ciertamente está admitido por los usos sociales disfrutar de la playa sin la pieza superior del biquini, la consecuencia lógica no puede ser que sea ilícita la imagen de quien así es fotografiada sin su consentimiento y no lo sea si viste de otro modo en la playa o es fotografiada en ropa de calle. En definitiva, y como también se declaró en la referida sentencia, la licitud o ilicitud de las imágenes de una persona de notoriedad o proyección pública en una playa pública normalmente concurrida no puede depender de que tenga puesta o no la pieza superior del biquini, pues si así fuera se estaría reconociendo implícitamente que prescindir de dicha pieza no está admitido por los usos sociales.

Por todo ello, y dado que la realidad demuestra que raramente se interponen demandas por imágenes inconsentidas en los medios frívolos o de entretenimiento si la persona famosa afectada viste ropa de calle o de fiesta o si disfruta de la playa en traje de baño o biquini, habrá de concluirse que el personaje público que en lugar público se expone a la mirada ajena asume que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento aunque no le satisfaga el resultado y siempre que tenga interés según el género socialmente admitido al que pertenezca el medio.

Esta conclusión no desconoce la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su S de 24 de junio de 2004 (caso *von Hannover contra Alemania*), porque en el caso aquí enjuiciado no se ha dado el elemento de acoso permanente por los periodistas gráficos que en aquel otro determinó la protección efectiva de la vida privada de la demandante por no serle exigible un «aislamiento espacial» para poder disfrutar de su privacidad, versando además el enjuiciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre imágenes de índole muy diversa entre las que se encontraban algunas de la demandante tropezando cuando estaba entrando en un club privado, al que el acceso de periodistas y fotógrafos se encontraba «estrictamente reglamentado». (**STS de 12 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una conocida modelo, famosa también por haber sido «Miss España», demanda a una revista y a la empresa editorial por haber publicado sin su consentimiento fotografías que la mostraban en la playa desprovista de la parte superior del biquini. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la reclamación y condenó a la editora a la entrega de los negativos, a publicar el fallo en la revista y a indemnizar a la demandante en determinada cantidad. Apelada la resolución por ambas partes, la Audiencia desestimó el recurso de la demandante y estimó en parte el de la empresa editorial para rebajar la indemnización a la mitad. La

demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, sobre la base de los razonamientos que se recogen en la reseña, declara haber lugar. (R. G. S.)

9. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los menores.—El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconoce que «no se apreciará existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». En su artículo siguiente, se regula cómo ha de prestarse el consentimiento por los menores. Sin embargo, estos artículos han sido desarrollados y ampliados en cuanto a su contenido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en lo que aquí concierne regula en su artículo 4.3 la definición de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del menor definiéndola como «cualquier utilización de su imagen o 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 consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

El recurrente está partiendo de una equivocada interpretación de la normativa legal, pues no se trata de que el derecho a la información del artículo 20 CE exija, previamente a su ejercicio, el consentimiento de las personas a las que afecte la información, sino que, en el análisis de los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto (información *versus* honor, intimidad o imagen), en el caso de que la información transmitida se califique como atentatoria a uno de estos derechos, el único supuesto en el que esta infracción estaría exenta de ilicitud sería cuando constara que ha habido consentimiento por la persona afectada para la difusión de la información transmitida.

Pero si esto es así con carácter general, sin embargo, no puede extenderse al ámbito de los menores, puesto que la Ley de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 4.3 que existe, en su caso, aun constatando el consentimiento del menor o de sus representantes legales, normativa cuya finalidad última es proteger el interés superior del menor de aquellos ataques contrarios a los intereses de éstos.

Por tanto, en el caso enjuiciado, la prevalencia del artículo 18 CE se da, no tanto por falta de consentimiento, sino porque se ha considerado que al existir en las noticias datos que, de forma directa o indirecta, permitían la identificación de los menores, relacionándolas como sujetos pasivos de delitos graves, este hecho constituye de por sí una intromisión ilegítima.

Límites de la libertad de información en razón de la prevalencia del interés del menor.—En relación con la cuestión jurídica planteada, es decir, si los datos proporcionados que suponían una identificación de los menores están amparados por el derecho a la libertad de información o, por el contrario, pueden considerarse un ataque al derecho fundamental del artículo 18 CE, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otros recursos de casación en relación con las noticias relativas al mismo suceso a que se refiere la información que es objeto de este procedimiento [...] resaltando el superior interés del menor como valor a primar en el conflicto existente entre los derechos fundamentales en juego. [...] Como ya se dijo en estos recursos, 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 ciudadanos 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 [...].

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 familiar o personal «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 [...].

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. Y en relación con la cuestión planteada, esta Sala, en S de 22 y 23 de octubre de 2008 ha considerado que la difusión de datos identificativos de menores puestos en relación con haber sido víctimas de determinados delitos violentos también ha de considerarse intromisorio de su intimidad, incluso si estos datos, como es una agresión sexual, se dan en relación a mayores de edad (S de 21 de febrero de 2000).

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, y partiendo de la base fáctica de la sentencia recurrida, según la cual los datos proporcionados en los distintos programas de forma

directa o indirecta permitían su completa identificación, desvelando hechos de ellas que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como es el haber sido víctimas de delitos violentos, debe concluirse que, aunque estos hechos pudieran ser de interés público, por lo que en cuanto comisión de hechos delictivos se refiere, dejan de serlo cuando se conectan con unas personas menores de edad en el momento de los hechos perfectamente identificables como víctimas de los mismos. (**STS de 14 de mayo de 2009**; ha lugar a uno de los dos recursos planteados.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El Ministerio Fiscal interpuso, en defensa de dos menores, demanda de protección de su derecho a la intimidad. La demanda se dirigía contra la cadena televisiva, los responsables de los programas de TV y periodistas implicados en la difusión del contenido de una sentencia penal condenatoria de modo tal que permitía identificar a las menores, objeto de la agresión delictiva sancionada. El Juzgado de Primera Instancia calificó los hechos de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las menores y condenó a los demandados a indemnizar solidariamente el daño sufrido por éstas, si bien en cantidad notablemente inferior a la reclamada. La Audiencia revocó parcialmente la resolución del Tribunal de instancia aunque sólo en lo relativo a la individuación de la responsabilidad. Interpusieron recurso de casación la cadena televisiva y el director más un interviniente en uno de los programas emisores de la noticia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso formulado por éstos últimos absolviéndoles, como consecuencia, de la demanda. (R. G. S.)

10. Libertad de expresión e información y derecho al honor.—El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información [...] porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...].

Criterios generales para la ponderación en el caso de colisión entre derechos fundamentales.—La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales

como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático [...]; (ii) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige [...] pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática [...].

La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión e información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a LPDH, en relación con la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS de 17 de diciembre de 1997 [...] declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; (ii) la prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones; (iii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella [...]. En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

La jurisprudencia, en efecto, admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 de febrero de 1992, 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (campaña electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campaña política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros. Así, las SSTS de 9 de septiembre de 1997 (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita

un fuerte rechazo social por atribuirsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), 23 de febrero de 2006 (a propósito de un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, 2 de junio de 2009, sobre un caso similar). (**STS de 2 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La SGAE interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra la empresa editorial de un diario de ámbito nacional, el subdirector de la publicación y el periodista, autor de los artículos causantes del litigio. El Juzgado estimó la reclamación considerando que las expresiones vertidas en los artículos cuestionados constituyan una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad y de sus directivos. La Audiencia confirmó la sentencia inferior considerando que resultaba ofensivo y denigratorio llamar a alguien, por ejemplo, correveidile, especialista en gilipolleces y jodón...; que era igualmente denigratorio y ofensivo acusar a un directivo de la SGAE de, por ejemplo, desintegrar el patrimonio común y gastarlo en canapés y limusinas o llamarle momia con las manos tendidas en la caja...; que iban dirigidas a la SGAE afirmaciones como grupito de amantes zurdos, subvención de engendros de amiguetes..., amén de otras frases similares que no se reproducen aquí. Interpone recurso de casación el autor de los artículos y el Tribunal Supremo, aun cuando considera de cierta gravedad las expresiones utilizadas, aplicando al caso concreto la doctrina que se recoge más arriba, declara haber lugar al recurso por lo que revoca la condena del Juzgado en lo relativo a la condena del periodista y desestima la demanda contra él interpuesta. (R. G. S.)

11. Demanda de solicitud de cambio de sexo en el Registro Civil presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, modificativa del régimen anterior por el que se exigía al sometimiento previo a una operación quirúrgica. Aplicación retroactiva de la norma.— Desde la perspectiva de la aplicación al caso de la nueva legislación, cuando la solicitud se hizo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, en la sentencia del Pleno de la Sala (S de 17 de diciembre de 2007) se sienta el criterio de su viabilidad, concluyendo en el FD 5.º de la misma: «El derecho nacido *ex novo* por efecto del cambio legislativo (derecho a producir una modificación del sexo por hallarse en la situación de haber sufrido la mutación pero sin cirugía de reasignación), que venía siendo solicitado por vía judicial, como tantas veces había exigido la jurisprudencia y era doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de abril de 1983, 26 de abril de 1983, 6 de mayo de 1987, 14 de mayo de 1991, 29 de diciembre de 1994, etc.) puede ahora ejercitarse por vía de expediente gubernativo. Pero ello no impide que esta Sala se pronuncie sobre la pretensión deducida, en vista de que *a fortiori*, en base a la DT 4.ª, inciso 3.º, correspondería una opción al interesado entre uno y otro procedimiento en caso de derecho nacido y no ejercitado bajo la legislación anterior, pero poderosas razones de analogía impelen a la

aplicación de esta misma regla cuando se trata de un derecho solicitado conforme a la ley antigua, que ahora ha de reconocerse después de haberse producido la mutación legislativa. A lo que se podría añadir que, en definitiva, el Registro difícil se halla bajo el control del orden jurisdiccional civil y la sentencia habría de tener eficacia en orden a la inscripción (arts. 25 LRC, 82 RRC, etc.).».

La doctrina expuesta, recogida, como se ha indicado, en la S del Pleno de la Sala de 17 de septiembre de 2007, ha sido aplicada en posteriores SS dictadas por esta Sala de fechas 28 de febrero, 6 de marzo, 18 de julio y 6 de septiembre de 2008.

[...] en el caso de autos, la parte demandante, en sus hábitos e incluso en los factores psicológicos y sociales que influyen en la determinación del sexo se comporta como mujer. Está recibiendo tratamiento con hormonas, bajo estricto seguimiento médico, desde el mes de marzo de 2004, y seguía con el mismo en marzo de 2006, con el firme propósito de continuar el mismo, ello después de haber sido diagnosticado médicaamente el caso como «trastorno de la identidad sexual» y evaluar lo positivo o conveniente de iniciar el tratamiento, por otra parte, no exento de riesgos. De los informes médicos resulta la inadaptación al sexo masculino de la parte recurrente, su identificación con el sexo femenino, cuyo rol asume en los aspectos de su vida familiar, social y académica, suponiéndole un factor de desajuste y de daño moral el hecho de que figuren un nombre y un sexo masculino en su DNI, puesto que esto va en contra de su identidad psicológica como mujer, no existiendo patología de orden mental alguna de influencia en su firme propósito de realizar un cambio de sexo y de nombre, lo cual se ha considerado desde la perspectiva médica como beneficioso para la demandante. Todo ello supone un cumplimiento sustancial de los requisitos que ahora establece la Ley 3/2007, que ya no hace precisa la cirugía de reasignación de sexo.

Así pues, siendo así que, tal y como se expone en el recurso de casación, al no acceder a lo solicitado por la parte recurrente se ha infringido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, procede estimar el presente recurso de casación [...]. (STS de 22 de junio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En diciembre de 2005, don A. J. presentó demanda en el Juzgado solicitando la rectificación del asiento del Registro Civil referente al sexo (en el sentido de figurar como mujer) y la modificación de su nombre (pasaría a llamarse V.), en congruencia con el cambio anterior. Se exponían en la demanda una serie de datos que, en síntesis, avalaban la existencia de un trastorno de identidad sexual tratado medicamente con hormonas más el propósito de someterse en el futuro a la operación quirúrgica que culminaría el proceso de reasignación de sexo. El Juzgado —en sentencia dictada en mayo de 2006— declaró la improcedencia de lo solicitado por no haberse sometido el demandante a la mencionada operación. En septiembre de 2006 la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial que, considerando la legislación y jurisprudencia recaída hasta entonces, entendió que la operación quirúrgica de reasignación de sexo era requisito imprescindible para acceder a lo solicitado en la demanda. Interpuso don A. J. recurso de casación. Como el Tribunal Supremo declaró en el FD 2.º de la sentencia, la cuestión esencial a dilucidar era si la operación quirúrgica

constituía, como se había entendido en ambas instancias, presupuesto necesario para acceder a lo pedido o si, por el contrario, no lo era. «Sin perjuicio –añadía– de que deba atenderse a lo previsto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que entró en vigor con posterioridad a la presentación de la demanda». Aplicando la doctrina contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala de 17 de septiembre de 2007 –que trascibe casi en su totalidad– el alto Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

12. Nacionalidad: pérdida y recuperación según la legislación aplicable en 1947.–Las razones para la estimación de este motivo se van a estructurar en torno a los puntos siguientes: a) Pérdida de la nacionalidad española por parte de don C.; b) no recuperación de la nacionalidad española de origen. Todo ello, en base a la legislación aplicable en el momento en que los hechos tuvieron lugar.

a) El artículo 20 CC, en la redacción vigente en 1947, decía que la nacionalidad española se perdía «por adquirir naturaleza en un país extranjero». La doctrina que interpretó esta norma entendió que no se perdía por el simple hecho de que un país extranjero considerase como nacional a un español, sino que se requería la voluntad de adquirir aquella nacionalidad, voluntad que quedaba demostrada cuando se solicitaba, por lo que una interpretación extendida de este artículo llevaba a exigir tres requisitos para que la adquisición de una nacionalidad extranjera produjese la pérdida de la española: i) que se tratase de una verdadera naturalización; ii) que dicha adquisición fuese voluntaria, no impuesta, y iii) que se adquiriese efectivamente.

No se exigía en aquel momento que la pérdida de la nacionalidad española se inscribiese en el Registro Civil con efectos constitutivos. En efecto, la Ley de Registro Civil de 1 de junio 1870 no exigía la inscripción de la pérdida, aunque su artículo 96 decía que «los cambios de nacionalidad producen efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro Civil». La mejor doctrina entendía que la pérdida se producía automáticamente y con independencia del Registro, aunque debía constar en él a los efectos de lo que se dirá a continuación. Y en este sentido ya se había pronunciado esta Sala en las SS de 22 de febrero y 18 de octubre de 1960 y la RGRN de 30 de noviembre de 1974 (ver asimismo la resolución de la misma Dirección General de 8 de febrero 1994).

Lo anterior no implica que la inscripción de la pérdida fuera constitutiva, sino que de acuerdo con las normas que se citan a continuación, los asientos registrales tienen una eficacia probatoria privilegiada, aunque no exclusiva, salvo en los casos en que la ley exija la inscripción en dicha forma. Además, el artículo 67 LRC, en su redacción dada por la Ley de 8 de junio 1957, vigente cuando se produjeron los hechos que son objeto de este litigio, establece que «la pérdida de la nacionalidad española se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción» y los efectos de la inscripción son los establecidos en el artículo 327 CC, completado por lo dispuesto en el artículo 2 LRC, que le dan un valor de prueba privilegiada, pero no exclusiva. De este modo debe señalarse que la inscripción en el Registro Civil de la pérdida de la nacionalidad no tiene naturaleza constitutiva, sino

únicamente probatoria, por lo que no puede basarse el mantenimiento de la nacionalidad de origen en la falta de inscripción.

En conclusión, la perdida de la nacionalidad española por adquisición de la de otro estado se producía automáticamente y las reglas de inscripción en el Registro Civil vigentes en la época en que don C. adquirió la mexicana no exigían una inscripción constitutiva, sino que se configuraba como una forma de probar la pérdida de la nacionalidad española que, de no constar en el Registro podía acreditarse por otros medios.

b) Dicho lo anterior, se ha de plantear a continuación si don C. recuperó de hecho la nacionalidad española como dice la sentencia ahora recurrida. De acuerdo con el artículo 24 CC, redactado según la Ley de 15 de julio de 1954, vigente en el momento en que dicha recuperación se produjo hipotéticamente, los requisitos para dicha recuperación eran: i) volver al territorio español; ii) declarar su voluntad de recuperar la nacionalidad ante el encargado del Registro Civil, y iii) renunciar a la nacionalidad extranjera adquirida. Por tanto, no es posible una recuperación tácita o de hecho de la nacionalidad española. El único requerimiento que fue efectivo en el caso que nos ocupa fue la vuelta al territorio español, pero no se cumplieron ninguno de los otros dos, por lo que al incumplirse los requisitos exigidos, no se produjo tal recuperación, por lo que don C. mantuvo su nacionalidad mexicana hasta el momento de su muerte.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, las conclusiones son que no se requería como constitutiva para la pérdida de la nacionalidad la inscripción de la otra extranjera en el Registro Civil en el momento en que don C. adquirió la nacionalidad mexicana, por lo que se produjo la pérdida de la española originaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 CC, entonces vigente y tampoco recuperó la española, por no haber cumplido los requerimientos del también entonces vigente artículo 24 CC, por lo que debe concluirse que don C. era mexicano cuando falleció, por lo que dicha nacionalidad, la mexicana, es la que rige su sucesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.8 CC.

Las normas que rigen la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad son de orden público.—Quedan por determinar los efectos que podrá producir la tenencia del documento nacional de identidad y la inscripción en el censo de electores de 1977. Los razonamientos son los siguientes: No es posible, como afirma la sentencia recurrida, una recuperación de la nacionalidad española por la vía de la simple voluntad del afectado, ya que las normas que regulan la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad tienen la naturaleza de orden público y deben ser cumplidas para que se produzca el efecto que se busca con las mismas. Por ello, la utilización de normas españolas de forma abusiva o descuidada, como ocurre en el caso que nos ocupa, no puede producir el efecto de la recuperación de la nacionalidad de origen perdida. (**STS de 10 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don C. se exilió a México después de la Guerra Civil española. Constaba que en 1947 adquirió la nacionalidad mexicana por naturalización. No constaba, sin embargo, que hubiese perdido la española ya que la adquisición de la mexicana no se comunicó a ninguna autoridad española ni se inscribió en el Registro Civil. A don C. le fue expedido el DNI, sin constar la fecha y figuraba inscrito en el censo electoral español en 1977, año en que

se presentó como candidato al Senado por la circunscripción de Palma de Mallorca. En 1993 otorgó testamento en el que declaraba tener la nacionalidad mexicana, instituía como heredera universal a la Fundación R.T.A. –constituida por él con fines benéficos– y declaraba que si «a pesar de que en la legislación mexicana no existen las legítimas» su esposa o alguno de sus hijos la reclamaba tal pretensión era improcedente pues «todos ellos recibieron en vida del testador bienes y efectivo metálico y les fueron sufragados viajes y estudios» en importe «más que suficiente para cubrir hipotéticamente dicha pretendida legítima». Don C. falleció en Menorca en abril de 1994. Su hijo don I. demandó a la Fundación heredera reclamando su legítima al entender que su padre tenía la nacionalidad española al tiempo de su fallecimiento, razón por la cual le correspondían dos tercios de la herencia. La sentencia de primera instancia consideró que don C. había perdido dicha nacionalidad, mientras que la Audiencia Provincial apreció la existencia de un caso de doble nacionalidad de hecho, o doble nacionalidad patológica, interpretando que al no quedar inscrita la pérdida de la nacionalidad española, ésta se mantuvo a pesar de lo dispuesto en el entonces vigente artículo 20 CC. Como consecuencia y teniendo en cuenta su último domicilio en España, la norma que debía regir su sucesión era el Código de sucesiones catalán. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Fundación R. T. A. (*R. G. S.*)

13. El juez puede declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma anterior a la Constitución sin que sea preceptivo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.—La DD 3 CE establece que «asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» y de acuerdo con esta disposición, los jueces no deben aplicar la ley preconstitucional cuando sea contraria a lo dispuesto en la Constitución, por haber sido derogada por ésta. En este sentido resulta muy recomendable la lectura atenta de la STC 39/2002, de 14 de febrero [...]. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un Juez de Primera Instancia acerca del ajuste a la Constitución del artículo 9.2 CC, que establecía como punto de conexión para la determinación del régimen de bienes de un matrimonio con distinta nacionalidad/vecindad civil, la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, de acuerdo con la redacción anterior a la Ley 11/1990 [...]. El Tribunal Constitucional señala, con abundante cita de jurisprudencia, que «[...] cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que *si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional* de una norma anterior a la Constitución *también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción [...]*». Está claramente admitida, pues, la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, lo que es una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria que obliga a los Jueces y Tribunales

del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos (en un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró derogado el art. 47.2 LRC). Por tanto, el Juez puede declarar la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

Inconstitucionalidad sobrevenida de la norma que atribuía a la mujer casada, sin intervención de ésta, la vecindad civil de su marido. Igualdad de los cónyuges ante la ley.—El artículo 14.4 CC, redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, y que no fue reformado hasta la ley 11/1990, decía: «La mujer casada seguirá la condición del marido». Se trataba, por tanto de una norma preconstitucional que contenía una flagrante lesión del derecho a la igualdad de los cónyuges, cuando establecía un trato discriminatorio entre el marido y la mujer, dado que imponía a ésta una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido la iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no. Ya hemos citado antes la STC 39/2002, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y, por tanto, la derogación del artículo 9.2 CC, por ser contrario al principio de igualdad, señalando dicha sentencia que dicha norma «[...] representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE», entre las cuales, evidentemente se encuentra el sexo como criterio de diferenciación jurídica, que en este supuesto se une al de la igualdad en el matrimonio.

El argumento que utiliza la mencionada sentencia para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9.2 CC es el siguiente: «[...] no cabe duda de que el artículo 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al artículo 14 CE, sino también al más específico, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32 CE), pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón» y acaba diciendo que «[...] La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad».

[...] Resulta claro que los mismos argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en relación a la inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC, se proyectan a la adquisición de la vecindad civil por parte de la mujer casada. La imposibilidad de que ésta adquiriera una vecindad civil distinta de la del marido o mantuviera la suya de origen a pesar del matrimonio constituía una discriminación por razón de sexo que hacía ilusoria, al menos en este punto, la norma del artículo 32.1 CE, que establece la igualdad jurídica en el matrimonio. Por ello mismo, el preámbulo de la Ley 11/1990 decía que el propó-

sito de dicha Ley era «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo de la igualdad». Esta opción fue también sostenida por la STS de 6 de octubre de 1986, aunque no hubo que aplicarla en aquel caso por tratarse de un matrimonio muy anterior a la entrada en vigor de la Constitución. No cabe duda, pues, de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el artículo 14.4 CC, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los artículos 14 y 32.1 CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido.

[...] La consecuencia de todo lo anterior es que la norma contenida en el artículo 14.4 CC quedó derogada por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución en 1978.

[...] Para determinar los efectos que dicha derogación produjo en la situación jurídica de doña M. debe recordarse aquí que a) doña M. había adquirido la vecindad civil navarra como consecuencia de haberla adquirido su marido y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 CC, sustituido en la reforma de 1974, por el artículo 14.4 CC; b) doña M., aunque es redundante con lo anterior, no había efectuado ninguna declaración de voluntad favorable a querer adquirir la vecindad; c) está probado que la causante, cuya vecindad civil se discute, había residido siempre en Barcelona, salvo cortos períodos de tiempo.

La constatación de que el artículo 14.4 CC había quedado derogado en virtud del párrafo 3 de la DD de la Constitución implica que dicha norma había dejado de aplicarse y que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, nada impedía a doña M. adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su efectiva residencia que, como consta probado, fue siempre Cataluña. Doña M. mantuvo la residencia en Cataluña durante un periodo de diez años después de la entrada en vigor de la Constitución por lo que adquirió por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia que, según las pruebas aportadas fue Cataluña y, en consecuencia, desde diciembre de 1988 ostentó la vecindad civil catalana, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.3.1.^º CC, entonces vigente.

Las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa. Eficacia de las declaraciones de voluntad.—[...] las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el título preliminar del Código civil, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en los casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (arts. 14.3. 4, 14.4 y 15.1 CC) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (art. 14.5.1.^º) y de conservar la vecindad originaria (art. 14.5.2.^º), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas.

Fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil.—El artículo 16.1.2.^a CC, al establecer las normas sobre conflictos de leyes, se remite a lo dispuesto en el capítulo IV del título preliminar, con la excepción de la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 «sobre calificación, remisión y orden público». La consecuencia es clara: se aplica el artículo 12.4 CC en el derecho interregional, que establece que «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española».

[...] La aplicación de esta regla ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina española especialmente a partir de la S de este Tribunal de 5 de abril de 1994, que declaró efectuada en fraude de ley la adquisición de la vecindad vizcaína por unos cónyuges que habían residido más de dos años en una villa sometida a este derecho, otorgando dos días después sendos testamentos que declararon sometidos al Derecho foral, en los que nombraron herederos a sus nietos y separaron de la herencia expresamente a sus dos hijos. Puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque:

1.º El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el artículo 14 CC; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.

2.º Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de diez años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable.

3.º La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.

Consecuencia de todo lo anterior es que no debe admitirse que la declaración de doña M. fuese realizada en fraude de ley [...]. (**STS de 14 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. P. de vecindad civil catalana, compareció en 1965 con su esposa, doña M., ante el Juzgado de Paz de B. en Navarra. Declaró que residía en la localidad de B. y que deseaba adquirir la vecindad civil navarra. Reiteró estas manifestaciones en fecha posterior ante el Registro Civil de P. por lo que —cumplidos los plazos y trámites legales— adquirió la vecindad solicitada al igual que su esposa, esta última en virtud del principio de unidad familiar establecido en el artículo 15.3 CC, vigente en aquel momento. Don J. P. falleció en Barcelona en 1986. En febrero de 1996, doña M. declaró ante el encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la vecindad civil navarra. En enero de 1998, doña M. falleció en Barcelona. Don V. demanda a su hermano, don L., instituido heredero por su madre (doña M.), pidiendo —entre otros extremos— la nulidad de los testamentos otorgados por ésta desde 1967 a 1987 por entender que su sucesión debía regirse por el testamento otorgado en Barcelona en 1947. Todo ello de acuerdo con el Derecho civil catalán, norma que, según el demandante, debía regir su sucesión. El demandado oponía, sin embargo, que a tenor de la vecindad civil de la causante al tiempo de su falleci-

miento, resultaba aplicable a la sucesión el Fuero Nuevo de Navarra. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda considerando que doña M. ostentaba al fallecer la vecindad civil catalana, razón por la cual su sucesión se regía por el Código de sucesiones de Cataluña y no por el Derecho navarro. Idéntico criterio mantuvo la sentencia de apelación recurrida en casación por el demandado, don L. El Tribunal Supremo estimó dos de los motivos de casación sin que ello comportase la estimación del recurso por las razones que su sentencia explica en el FD 7.º. (R. G. S.)

14. Derecho de asociación. No vulnera el derecho de asociación en su dimensión individual la remoción del cargo de Secretaria General de la Junta Directiva de una persona física que no ostenta el carácter de socio.—El derecho a que las medidas disciplinarias de separación o suspensión de los miembros de una asociación tengan cobertura legal, se ajusten a las causas legítimamente previstas con la debida precisión en los estatutos y sean impuestas con arreglo al procedimiento establecido en ellos, previa información y audiencia del interesado, de tal suerte que éste no sufra indefensión, forma parte del núcleo esencial del derecho de asociación. Este tiene, en efecto, una dimensión individual y una dimensión colectiva (STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 4), pues comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende a regular en los estatutos las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios (STC de 22 de noviembre de 1988, 96/1994, de 21 de marzo, 56/1995, de 6 de marzo, 104/1999, de 14 de junio; SSTS de 28 de diciembre de 1998, RC n.º 2194/1994, de 2 de marzo de 1999, RC n.º 2369/1994, de 16 de junio de 2003, RC n.º 3273/1997, de 23 de junio de 2006, RC n.º 4129/1999, de 18 de noviembre de 2000, RC n.º 2664/1995, de 13 de julio de 2007, RC n.º 2940/2002, de 7 de noviembre de 2008, RC n.º 197/2004).

En el caso examinado la parte recurrente pretende que la separación del cargo de secretaria general de la Confederación que ostentaba constituye una medida disciplinaria que afectaría a la dimensión individual del derecho de asociación por ser equivalente a la expulsión como socio, que se le impuso sin previa audiencia occasionándole indefensión.

Esta alegación no puede ser aceptada, como pone de relieve la sentencia recurrida y acepta el Ministerio Fiscal en su dictamen.

El cargo de secretaria general de la Confederación, como ocurre con los restantes miembros de la Junta Directiva, no se concibe como inherente a una inexistente cualidad individual de socio, sino que su régimen se desenvuelve en la dimensión colectiva de la asociación, pues está vinculado según los estatutos (i) a la propuesta por parte de los miembros de la Confederación (art. 11 de los estatutos, transcritos parcialmente en el AH 5), los cuales no son personas físicas, sino federaciones o asociaciones (art. 6 de los estatutos), (ii) al nombramiento por la Asamblea General (art. 17 de los estatutos) y (iii) al mantenimiento de la confianza por parte de la Organización que los designó inicialmente, en cuya representación se ejerce el cargo (art. 16 II de los estatutos) y por parte de la propia Asamblea General, como se desprende de la competencia reconocida a ésta, como órgano supremo de la Confederación (art. 26 II de los estatutos), para enjuiciar el ejercicio de los cargos por parte de los miembros de la Junta Directiva (art. 26 III de los estatutos) con la posibilidad implícita de proceder a su renovación antes de

transcurrir el plazo de cinco años para el que son elegidos (art. 17 de los estatutos). Únicamente subsiste la cuestión relativa a la necesidad de la intervención de la Organización que propuso al miembro de la Junta General para llevar a cabo dicha renovación; y a la determinación de los sujetos legitimados para impugnarla.

Estas cuestiones, sin embargo, desde la perspectiva de la persona física afectada, no afectan al derecho de asociarse de los miembros que integran la Confederación (que no son personas físicas, sino las federaciones o asociaciones que forman parte de ella), sino que constituyen cuestiones pertenecientes al terreno de la legalidad ordinaria sobre el cumplimiento de las previsiones estatutarias establecidas para el nombramiento de los cargos de la Junta Directiva, sobre el ejercicio de los derechos reconocidos a los miembros de la Confederación y sobre la legitimación para exigir dicho cumplimiento. Estas cuestiones, resueltas por la sentencia recurrida en sentido desfavorable a la recurrente, no tienen cabida en este recurso de casación y no deben, en consecuencia, ser examinadas, puesto que el recurso de casación ha sido admitido únicamente en la medida en que se funda en la vulneración del derecho de asociación por infracción de la doctrina jurisprudencial acerca de la necesidad de la audiencia del interesado como requisito previo a la imposición a un socio de una medida disciplinaria de suspensión, separación o expulsión de la asociación.

En suma, la remoción de una persona física que no ostenta el carácter de socio, sino el de representante de una de las entidades integrantes de la Confederación, del cargo de miembro de la Junta Directiva no puede asimilarse a la lesión del derecho de un socio mediante su expulsión improcedente ni dar lugar a un recurso de casación por vulneración del derecho fundamental de asociación en su dimensión individual. (**STS de 29 de septiembre de 2009**; Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rfos).

HECHOS.—La Secretaría General de una Confederación de Asociaciones de Discapacitados impugna los acuerdos de la Asamblea General ordinaria en virtud de los cuales se la remueve de su cargo y se designa para ocuparlo a otra persona, alegando que esta circunstancia vulnera el derecho de asociación, por cuanto fue destituida sin expediente sancionador previo alguno y sin haber sido oída. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y anula los acuerdos en cuestión, pero la Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación y desestima íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste declara no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Contrato de compraventa. Causa.—El artículo 1274 CC, cuya directa inspiración en la doctrina de Pothier ya fue reconocida por esta Sala en decisiones muy antiguas, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo. Así, las SS de 8 de julio de 1983, 4 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1995, 24 de enero de 1992, 8 de febrero

de 1996, 17 de abril de 1997 o 17 de diciembre de 2004, entre muchas otras, consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS de 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, 17 de enero de 1985, 11 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, etc.). Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS de 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002, etc.). Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guíe a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un «propósito empírico común de las partes» que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS de 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa («móvil casualizado») y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS de 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (SSTS de 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972, 8 de julio de 1977, 1 de abril de 1982, 8 de julio y 17 de noviembre de 1983, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 4 de enero de 1991, 11 de abril de 1994, 6 de junio de 2002, 21 de julio de 2003, etc.).

En el caso, la «causalización» del móvil que claramente impulsa la actuación de CDP, S.A., esto es, la atención del pagaré librado frente a CSJ, S.A., no es determinante, en ningún caso, de la voluntad de una de las partes ni puede ser identificada como causa del negocio. En el criterio de esta Sala, no se produce en el caso un problema de causa, ni de inexistencia ni de sobrevenida desaparición. La causa existe de modo claro en el momento de la formación de los negocios (8 de agosto de 1996) y en el momento en que la Junta General (celebrada, aunque declarada nula catorce meses después) ratificó la actuación de los Consejeros Delegados (14 de agosto de 1996). El efecto del pago de la deuda reflejada en el pagaré directamente por parte de CDP, S.A. se proyecta en varias consecuencias: (a) por una parte, priva de sentido a lo manifestado respecto de asunción del compromiso de pago en el contrato de «Compromiso de Compraventa de Hipermercado en funcionamiento» suscrito en 8 de agosto de 1996; (b) deja sin efecto las obligaciones de pago y de reembolso que se establecen en la escritura de constitución de hipoteca; y (c), además, evita que surja un crédito de C, S.A. contra CDP, S.A. que pueda ser deducido del precio establecido por la compraventa de las fincas descritas, o bien del precio convenido en el repetidamente citado «Contrato de Compromiso de Compraventa de Hipermercado en funcionamiento». Pero no deja sin sentido, ni carentes de causa, los acuerdos sobre derecho de opción de

compra de ciertas fincas y compromiso de compraventa de «Hipermercado en funcionamiento». De una parte, como se ha visto, porque la causa, que realmente consiste en la adquisición de un edificio, terrenos y otros elementos sobre o con los que se ejerce una actividad empresarial de Hipermercado, subsiste y tiene sentido, si bien realizando los ajustes de condiciones que procedan, puesto que, por otra parte, no afecta a la determinación del precio convenido, y por otra parte porque no le está consentido a una de las partes alterar a su arbitrio lo convenido, hasta el punto de privar de efectos al negocio establecido, con fragante violación del principio *pacta sunt servanda* (arts. 1091, 1254 y 1258 CC) sin una previsión contractual expresa que lo autorice, regla que se viene deduciendo pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia del artículo 1256 CC (SSTS de 22 de septiembre de 1999, 18 de marzo y 30 de diciembre de 2002, 13 de abril de 2004, 30 de noviembre de 2007, etc.), en una actuación que, por otra parte, en cuanto destinada a privar de efectos a los contratos establecidos entre las partes, sería un comportamiento de mala fe, como contrario a los deberes de lealtad y de fidelidad, de coherencia y de protección de la confianza ajena (SSTS de 30 de junio y 25 de julio de 2000, 12 de julio de 2002, 30 de enero de 2003, 19 de enero de 2005, etc.) que imponen los artículos 7.1 y 1258 CC y 57 CCO. (STS de 29 de junio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—Con fecha 8 de agosto de 1996, CDP, S.A. prometió vender a C, S.A. los elementos necesarios para el establecimiento de un centro comercial en El Ejido, por precio a determinar más una cantidad acordada. En el mismo acto, la compradora asumió el pago de un pagaré emitido por CDP, S.A. con fecha 4 de mayo de 1996 a favor de la constructora del centro comercial CSJ, S.A., con vencimiento en 27 de mayo del mismo año. El mismo día vendedora y compradora constituyeron hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación de satisfacer el crédito incorporado en el título valor por parte de C, S.A. Esa obligación fue asumida por parte de la compradora bajo la condición de inscribir la mencionada hipoteca, así como otra escritura suscrita en idéntica fecha por ambas partes mediante la que CDP, S.A. concedía a favor de C, S.A. un derecho de opción de compra de unas parcelas donde ubicar el centro comercial por plazo de tres años. Ello no obstante, CDP, S.A. abonó el importe del crédito descrito por el pagaré con fecha 10 de diciembre de 1996, antes de la inscripción de ambas escrituras, el día 7 de mayo de 1997.

Posteriormente, la vendedora interpuso demanda contra C, S.A. con la que solicitó la nulidad de todos los contratos celebrados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de El Ejido dictó sentencia el 25 de julio de 2003, en que estimó la demanda tras considerar que se había producido un «decaimiento de la causa» y desestimó la reconvenión formulada por C, S.A. El Juzgado consideró que el principal motivo de CDP, S.A. fue evitar la ejecución del pagaré por parte de la constructora y, por consiguiente, que el abono del importe del crédito instrumentado causó la extinción de un negocio jurídico complejo. Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación y la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Almería, por medio de sentencia dictada el 17 de mayo de 2004,

estimó el recurso solamente en cuanto a imposición de costas. Tras identificar la existencia de distintos contratos y rechazar el razonamiento de la «causalización de los motivos» del tribunal de instancia, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora. (*J. M. B. S.*)

16. Promesa de venta.—Por un lado, el artículo 1451 CC comprende la promesa bilateral de comprar y vender, que constituye un precontrato cuya finalidad es vincular a ambas partes respecto de la celebración definitiva de un contrato de compraventa, con plena conformidad en la cosa y en el precio, perfeccionándolo en un momento posterior. En tal caso, los contratantes pueden reclamarse recíprocamente que dicha perfección tenga lugar si ello resultara jurídicamente posible, pues la consumación de la promesa se produce cuando se perfecciona el contrato proyectado. Por otro, también se comprenden en dicha norma la promesa unilateral de vender o de comprar, en cuya virtud es uno solo de los futuros contratantes el que, adelantando en firme su consentimiento para la celebración del contrato, queda pendiente, en las condiciones pactadas, de que la otra parte decida sobre su definitiva perfección.

Opción de compra.—Según jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 13 de noviembre de 1992 y 2 de julio de 2008), en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione. Concretamente, constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones. Igualmente puede ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción. Por el contrario, el pago de la prima constituye tan solo un elemento accesorio.

Asimilación de la promesa unilateral de vender a la opción de compra.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 7 de noviembre de 1995, 17 de octubre de 1997 y 9 de febrero de 2009) admite que la opción de compra constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del vendedor, de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado. En consecuencia, transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho. (**STS de 22 de septiembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En marzo de 2003 don R. firmó un documento de promesa de venta en virtud del cual se comprometía a vender a don L.A. una finca registral por un determinado precio. En el mencionado documento se hizo constar que, en el acto de la firma de la escritura pública de compraventa, se abonaría por el comprador una parte del precio, fijándose igualmente la entrega de dos pagos posteriores. Llegado el día fijado no se otorgó la escritura ni se satisfizo la

parte de precio pactada, sin que don L.A. hubiera formulado requerimiento alguno a tal efecto. Tres meses después, don L.A. celebró un contrato con don E. en cuya virtud le cedía todos los derechos y obligaciones que se derivaban de la promesa de compraventa. Tras comunicarle don E. tal cesión y requerirle para que le indicase la fecha y el lugar para formalizar la escritura, don R. se opuso a tal pretensión por haber expirado el plazo para la formalización del contrato y no estar dispuesto a conceder un nuevo plazo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por don E., mediante la que solicitó el cumplimiento del contrato de compraventa en los términos establecidos y el correspondiente otorgamiento de la escritura pública a su favor. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por don L.A. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

17. Derecho de opción: plazo para su ejercicio.—En virtud del contrato de opción una de las partes atribuye a la otra un derecho que le permite decidir unilateralmente, dentro del periodo de tiempo fijado, la eficacia de un determinado contrato —normalmente de compraventa— proyectado en sus elementos esenciales. En esencia no es más que una modalidad de precontrato o promesa unilateral de contrato, de modo que el consentimiento del optante es lo único decisivo para que el contrato previsto llegue a perfeccionarse.

La vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar el contrato; y la particularidad que tal derecho de opción supone respecto de lo previsto en el artículo 1256 CC («la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes») se convertiría en un definitivo desconocimiento de tal principio elemental de la contratación. Así ha de entenderse que, incluso la falta por el concedente u optatario a las obligaciones propias del contrato de opción, no releva al optante de la necesidad de que, en caso de estar interesado en el ejercicio de la opción, dirija a aquél la oportuna comunicación recepticia dentro del plazo previsto, perfeccionando así el negocio en los términos pactados. La falta de tal comunicación dentro del plazo establecido —como ha ocurrido en el caso— cualquiera que hubiera sido la actuación del concedente u optatario, hace caducar un derecho que nació únicamente para su ejercicio dentro de un plazo previamente fijado.

Las SS de esta Sala de 30 de septiembre de 1992, 20 de julio de 1993, 10 de julio de 1999, citadas en igual sentido por la de 29 de mayo de 2006, afirman que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece que, siendo de carácter potestativo, nacen y se extinguieren con el propio plazo de caducidad; al contrario de lo que ocurre con la prescripción que únicamente afecta al ejercicio del derecho y no a su existencia.

Como recuerda la S de 16 octubre de 1997, fijando doctrina que igualmente es de aplicación a la opción proyectada sobre el derecho de superficie, en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o

no (SS 16 de abril de 1979; 4 de abril y 9 de octubre de 1987; 24 de octubre de 1990; 24 de enero, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1991 y 13 de noviembre de 1992) pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por el optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima.

Improcedente aplicación al contrato de opción del artículo 1504

CC.—De lo ya razonado se desprende la improcedente aplicación realizada, por analogía, por la sentencia impugnada al supuesto del contrato de opción de la norma prevista para el de compraventa de inmuebles en el artículo 1504 del CC («En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término»).

En palabras de la S de esta Sala de 18 de mayo de 2006, para la aplicación por vía analógica de una norma es necesario «que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esta aplicación (SSTS de 7 de enero y 3 de abril de 1981). Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988, se trata de una operación jurídica delicada que exige medida, ponderado, meditado y cuidado uso».

Pues bien, es cierto que el contrato de opción carece de expresa regulación normativa en nuestro derecho y, en consecuencia, ello permitiría en principio suplir tal ausencia por vía analógica. Pero sin embargo no cabe tal aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 1504 CC, que regula un supuesto bien distinto.

Así el artículo 1504 CC se está refiriendo al incumplimiento por el comprador del plazo fijado contractualmente para el pago del precio en la compraventa de inmuebles y permite que, aun transcurrido éste, el obligado pueda satisfacerlo en tanto no haya sido requerido de resolución por tal causa; mientras que, en el caso del contrato de opción, el optante no está obligado a pagar precio alguno por razón de un contrato que aún no se ha perfeccionado, por lo que carece de sentido que el concedente u optatario haya de requerirle a tales efectos. Además, como ya se dijo, el plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la opción resulta de inexorable observancia por parte del optante y merece su cumplimiento un trato de carácter decididamente restrictivo (S de esta Sala de 2 de julio de 2008, entre otras) en consonancia con la propia naturaleza del contrato, que sujeta al concedente a la mera voluntad negocial del optante que es quien, unilateralmente, decide si el contrato ha de perfeccionarse o no. Por ello no cabe extender el plazo de caducidad pactado —incluso prorrogado, como en el presente caso— más allá de los estrictos términos convenidos y si el optante

no manifestó su voluntad de contratar en el término fijado decae para él definitivamente el derecho concedido. (**STS de 2 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don J. D. celebró con doña E. un contrato de opción de derecho de superficie y compraventa sobre una finca propiedad de ésta. El objeto del contrato era la construcción por parte del optante de una estación de servicio con sus accesorios de lavado de coches, bar-restaurante y otras instalaciones complementarias. Se fijó un precio de 40 millones de pesetas para la adquisición del derecho de superficie que duraría 25 años a partir del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El plazo para el ejercicio del derecho de opción y constitución del derecho de superficie con posterior opción de compra era de doce meses a partir de la fecha del contrato con prórroga de un máximo de 18 meses si, por razones urbanística, no podía ejercitarse la opción en el plazo pactado. De hacerse uso del derecho de prórroga el optante abonaría cuatrocientas mil pesetas mensuales a descontar del precio final fijado para la concesión del derecho de superficie. Hubo tres prórrogas sin que se ejercitara el derecho de opción si bien se abonaron las cantidades señaladas. A partir de una determinada fecha las cantidades que don J. D. abonaba en la cuenta de doña E. le fueron devueltas. Don J. D. manifestó entonces su intención de ejercitarse el derecho de opción a lo que doña E. contestó dando por rescindido el contrato. Finalmente, don J. D. acudió al Juzgado reclamando se condensase a doña E. a otorgar a su favor el derecho de superficie y opción de compra. La sentencia del Juzgado acogió la demanda de don J. D. La demandada apeló ante Audiencia que desestimó el recurso. Acudió doña E. al Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso de casación absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas. (R. G. S.)

18. Opción de compra. Aceptación del optante. Efectos.—La opción de compra, como precontrato unilateral por el que una parte concede a la otra la facultad de decidir la celebración del contrato principal de compraventa (SS de 21 de noviembre de 2000 y 5 de junio de 2003), produce como efecto la puesta en vigor del contrato proyectado, como derecho y deber de una y otra de las partes. Y en el presente caso, habiéndose ejercitado la opción y perfeccionada la compraventa con la comunicación por el optante al concedente del ejercicio del derecho y extinguido así el derecho de opción, tal perfección se produce aunque no medie entrega de la cosa ni el pago del precio, pues entrega y precio pertenecen a la fase de consumación de la compraventa. En aquel negocio jurídico de 26 de octubre de 2000 se prevé el derecho de opción de compra y «caso de ejercitarse», como así sucedió, se pacta la forma y los plazos de pago del «precio total de la compraventa». Por lo cual, el pago es obligación nacida de la misma y, de no hacerse, podría dar lugar a su resolución, pero no obsta al válido ejercicio del derecho de opción, como así lo entendió la sentencia recurrida. Pese a todo ello, al ejercitarse la opción se puso a disposición de los concedentes, en el mismo acto, la parte del precio de la compraventa que se había fijado en el mencionado negocio

jurídico. (STS de 12 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 26 de octubre de 2000, M. D. vendió a los cónyuges J. A. y M. un solar y otros elementos del *relictum* de una herencia. En el mismo documento los cesionarios otorgaron a favor de M. D. un derecho de opción de compra sobre un local comercial, tres viviendas y distintas plazas de aparcamiento integrantes de un edificio de ocho plantas a construir en el solar. Las partes acordaron el pago del precio convenido de la opción tras el ejercicio del derecho, en «cualquier momento a partir de la fecha de este documento» y hasta el otorgamiento de las escrituras públicas de venta de los derechos hereditarios y de declaración de obra nueva en construcción y constitución de propiedad horizontal del edificio a construir en el solar. Al parecer, el día 12 de noviembre de 2001 las partes otorgaron escritura de permuta de solar por obra a construir y en el mismo acto J. A. reconoció la vigencia de la opción de compra mediante documento privado. Posteriormente A., G. y D., hijos herederos de M. D., comunicaron el ejercicio del derecho de opción a J. A. y M. hasta el día 3 de abril de 2002, mediante requerimiento notarial. El promotor otorgó escritura de declaración de obra nueva el día siguiente, después de obtener licencia para ejecutar la segunda fase del proyecto constructivo. Tras la negativa de los concedentes J. A. y M. a otorgar escritura de compraventa, A., G. y D. interpusieron demanda por la que reclamaron, entre otros pedimentos, que el Juzgado declarara que habían ejercido correctamente el derecho de opción de compra el día 3 de abril de 2002.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería desestimó la demanda mediante sentencia de 13 de diciembre de 2002. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 30 de enero de 2004 de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Almería lo estimó íntegramente. J. A. y M. recurren en casación por considerar que el pago del precio de la opción no ha tenido lugar en la forma pactada. El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

19. Imposibilidad de revisar, en vía casacional, la interpretación de los contratos hecha por los Tribunales de instancia.—Debe aplicarse la doctrina de esta Sala, tan conocida y reiterada que huelga la cita de sentencias concretas, según la cual no es revisable en casación la interpretación del contrato hecha por los tribunales de instancia, ya que lejos de advertirse falta alguna de lógica en la interpretación del convenio litigioso contenida en la sentencia impugnada, es el recurrente quien en su crítica a tal interpretación incurre en incoherencias y contradicciones.

Inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*.—Lo anteriormente razonado determina prácticamente por sí solo la desestimación del segundo motivo del recurso, fundado en violación de la doctrina jurisprudencial sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, pues el previo incumplimiento del convenio que el recurrente imputa a los demandantes en el alegato de este motivo tiene como presupuesto o punto de partida la interpretación de dicho convenio que el propio recurrente mantiene en el motivo primero. Resulta, así, que este motivo incurre en el vicio casacional de la petición de

principio o hacer supuesto de la cuestión, ya que da por sentada la infracción de jurisprudencia partiendo de un previo incumplimiento contractual de los demandantes no apreciado en la sentencia recurrida ni demostrado por el recurrente mediante su primer motivo de casación.

Excepcionalidad en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.—No se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Sala para la siempre excepcional aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, a saber, alteración extraordinaria de las circunstancias originales, desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes e imprevisibilidad de la alteración sobrevenida (SSTS 1 de marzo de 2007, 21 de febrero de 1990 y 17 de mayo de 1986). (**STS de 21 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—R., S., V., E. y M. interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granada contra N. y A. Los demandantes solicitaban que se declarara la validez del convenio profesional concertado por los corredores de comercio de Granada, que entró en vigor en 1996, y que se condenase a los demandados a efectuar las liquidaciones pendientes conforme al convenio mencionado.

El Juzgado estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Granada la confirmó. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

20. Calificación del contrato. No viene prejuzgada por el Reglamento (CEE) número 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio, desde el punto de vista del Derecho interno.—La jurisprudencia declara que la calificación de los contratos efectuada por la sentencia recurrida no puede ser revisada en casación si no incurre en alguna infracción legal o es manifiestamente infundada (STS de 20 de marzo de 2009, RC n.º 128/2004 y 10 de febrero de 2009, RC n.º 1340/2002). En el caso examinado, la sentencia recurrida se limita a considerar, en el punto contemplado específicamente en este motivo del recurso, que el argumento empleado por la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el contrato está sujeto al Reglamento (CEE) número 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio, no es suficiente para su calificación como contrato de reventa o, alternativamente, de comisión. Este razonamiento no puede considerarse desacertado, por cuanto el Reglamento (CEE) número 1984/1983 está dirigido a establecer determinadas exenciones por razón de categoría a las prohibiciones de restricción de la competencia para ciertos contratos de compra para reventa de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y no prejuzga su calificación desde el punto de vista del Derecho interno. En efecto, lo que importa a efectos de la aplicación del Reglamento, como dice la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (C 217-2005), es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46).

Calificación como contrato de comisión. Razones que llevan a ese resultado.—La calificación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y sólo puede ser revisada en casación cuando incurre en error o en manifiesta arbitrariedad. En el caso examinado el recurso pretende combatir esta calificación fundándose en la doctrina de los actos propios, la cual conduciría a la conclusión de que una de las razones por las cuales la sentencia recurrida

considera que se trata de un contrato de comisión (a saber, que el comisionista asumía la obligación de abonar únicamente la mercancía vendida) no sería aceptable, por cuanto de los actos propios del comisionista se desprendía que este abonaba la totalidad de la mercancía recibida. Esta argumentación no puede ser aceptada por las siguientes razones:

a) El precepto que se cita como infringido y la doctrina de los actos propios no han sido invocadas en el escrito de preparación del recurso. Este hecho, opuesto por la parte recurrida, es por sí suficiente para determinar la inadmisibilidad de este motivo de casación.

b) El principio de los actos propios únicamente vincula respecto de aquellos que implican el reconocimiento definitivo de una situación jurídica. La práctica del abono por parte del comisionista en el plazo de nueve días estipulado de la totalidad de una mercancía sujeta normalmente a rotación no comporta reconocimiento de la obligación de abonar el producto que no fuera despachado.

c) La calificación del contrato efectuado por la sentencia recurrida no se funda únicamente en el elemento que acaba de considerarse, sino en otras consideraciones relativas a la denominación del contrato; a ciertas obligaciones asumidas por el comisionista propias de una comisión mercantil; a la asunción por el comitente de ciertas obligaciones impropias de una relación de compra para reventa; a la limitación de la responsabilidad del titular de la estación de servicio a los aspectos relativos a la correcta medición de los aparatos surtidores y la calidad e identidad de los productos suministrados; y a la existencia de una comisión de garantía reconocida en favor del comisionista en relación con la asunción de riesgo. La impugnación de uno de los argumentos en que se funda acumulativamente la calificación efectuada por la Sala de apelación es insuficiente, en el plano lógico, para demostrar el desacuerdo o la falta de conformidad con el ordenamiento jurídico de la calificación efectuada interpretando conjuntamente las cláusulas del contrato.

d) Como se verá al examinar el cuarto motivo de casación, la calificación del contrato como de compraventa para la distribución o reventa carecía de consecuencias jurídicas en relación con el efecto postulado por la parte recurrente en la demanda, que consiste en la nulidad de pleno derecho por falta de determinación del precio.

Determinación del precio en el contrato, lo que impide que sea considerado ineficaz.—La desestimación del motivo cuarto de casación se funda las siguientes consideraciones:

a) Como opone la parte recurrida, el motivo se funda en la cita de preceptos genéricos y heterogéneos sin precisar con exactitud la infracción cometida. Ese defecto es por sí suficiente para determinar la inadmisibilidad del motivo.

b) Partiendo de la calificación del contrato como de comisión, la cual no ha sido eficazmente combatida en este recurso de casación, resulta aceptable la argumentación de la Audiencia Provincial en el sentido de que el precio del contrato, cifrado esencialmente en la comisión que debía percibir el comisionista, «está perfectamente determinada y clara en el contrato, así como la forma en que se debe proceder a la revisión de la misma en su caso».

c) La STS 20 de diciembre de 2007, RC n.º 4626/2000, en argumentos que son susceptibles de ser trasladados al caso enjuiciado, considera, en contemplación de una cláusula del contrato de abanderamiento en que se fijaba la garantía del precio atendiendo a criterios de mercado y a la media de los

productos ofrecidos por otros suministradores del área geográfica y comercial, que de esta cláusula no puede considerarse que el contrato no contenga una determinación del precio, porque a lo largo de la vigencia del contrato de abanderamiento se produjo la fijación de los precios, de lo que es prueba que durante este periodo se vendieron los carburantes y se cobraron las correspondientes comisiones, lo que demuestra que el precio se había ido determinando por acuerdos de las partes. Añade que la inexistencia de precio cierto produce la nulidad del contrato porque impide su cumplimiento por falta de objeto; pero esto no ha ocurrido en el litigio que la sentencia considera, porque el contrato se cumplió, lo que prueba que esta causa impeditiva no concurrió. (**STS de 13 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante y CEPESA habían suscrito en 1996 un contrato, llamado de «abanderamiento e imagen, de asistencia técnica y comercial, y de suministro en régimen comisionista con estaciones de servicio» que, entre otros particulares, contenía una cláusula de limitación de la responsabilidad del titular de la estación de servicio a los aspectos relativos a la correcta medición de los aparatos surtidores y la calidad e identidad de los productos suministrados, y otra cláusula que establecía una comisión de garantía reconocida en favor del comisionista en relación con la asunción del riesgo. El demandante demandó a CEPESA dos años después solicitando que se declarase la nulidad del contrato por inexistencia e ilicitud de la causa, al considerar que se trataba de un contrato de reventa en el que faltaba la determinación del requisito esencial del precio, que era fijado por la demandada a su arbitrio. El demandado reconvió solicitando la declaración de validez del contrato y el incumplimiento del mismo por parte del demandante, con condena al cumplimiento y a indemnizar por los daños y perjuicios causados. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvenCIÓN, pero la Audiencia Provincial dio lugar al recurso de apelación, desestimando íntegramente la demanda y estimando íntegramente la reconvenCIÓN. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

21. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. No opera en el supuesto de incumplimiento recíproco.—Sostiene la parte recurrente que una correcta aplicación de lo establecido en el párrafo segundo de dicha norma le facultaba para hacer compatibles de forma subsidiaria las peticiones de cumplimiento y de resolución contractual respecto del contrato de imagen, suministro y adquisición, colaboración técnica y comercial celebrado entre las partes. Pero olvida, y ello hace que ambos motivos perezcan, que el primer párrafo del citado artículo 1124 CC declara que en las obligaciones recíprocas existe como causa implícita de resolución al incumplimiento de obligaciones por uno de los obligados mientras que el otro ha cumplido por su parte lo que le incumbía, supuesto que no es el del caso ahora enjuiciado en que claramente se ha declarado en la instancia que ambos contratantes han incumplido sus obligaciones. A tal respecto la jurisprudencia —SSTS, entre otras, de 22 de octubre de 1985, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 13 de marzo de 1990, 18 de marzo y 22 de mayo de 1991, 9 de mayo de 1994,

24 de octubre de 1995 y 24 de abril de 2000– es reiterada en el sentido de que la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas, que contempla el artículo 1124 CC, exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben. (**STS de 22 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En fecha 1 de mayo de 1990, la entidad E., S. A. concertó un pacto de exclusiva con la entidad E. S. C. S., S. L. por la cual esta última se comprometía a adquirir de la primera sociedad todos los combustibles y carburantes de su negocio a cambio de una serie de ventajas económicas y financieras. Sin embargo, la sociedad E., S. A. entendió que se había incumplido el contrato de exclusiva y, por ello, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid solicitando que se declarase la vigencia del contrato mencionado, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente, la resolución del contrato.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Madrid la confirmó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

22. Inexistencia de resolución extrajudicial del contrato.—La sentencia infringe el artículo 1124 CC porque, descartado totalmente según los hechos probados cualquier incumplimiento de la actora hoy recurrente previo al incumplimiento de la demandada, su contratación con otro turoperador para un tiempo determinado no supuso una resolución extrajudicial de su contrato con la demandada ni tampoco una ruptura de la bilateralidad del contrato ni del pacto de exclusividad sino, como entendió la sentencia de instancia, un intento de la actora para «paliar o sobrevivir a la deficiente temporada turística» sin por ello causar perjuicio alguno a la demandada porque ésta ya se había desentendido del contrato; y es que, como también se razona en la sentencia de primera instancia, «si el hotel hubiera respetado el contrato de garantía podría haberse visto obligado al cierre, ante la ausencia de clientes». Como se desprende de las SS de esta Sala de 3 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 2001, 15 de diciembre de 2004 y 3 de diciembre de 2008, el incumplidor del contrato no puede pretender que la otra parte contratante, cumplidora, permanezca pasiva ante los perjuicios que el incumplimiento le está causando y busque remedios que le permitan atenuarlos, siquiera sea por la elemental razón de que cuanto menores sean estos perjuicios tanto menor será también el importe de la indemnización que la parte incumplidora deba satisfacer a la cumplidora. En el caso examinado está probado que la demandante cumplió el contrato hasta el punto de acondicionar su hotel como la demandada le había exigido, y de ello se deriva que, dadas la naturaleza, contenido y duración del contrato, no se le pudiera imponer, cuando la demandada se desentendió de sus obligaciones, el sacrificio extremo de mantener cerrado el hotel durante varias temporadas a la espera de que la demandada rectificase y decidiera volver a cumplir el contrato. Es por esto que no fue la actora quien rompió la bilateralidad del contrato ni lo resolvió «extracontractualmente», como declara la sentencia impugnada, o extrajudicialmente o de hecho, ni tampoco lo dio por extinguido sin más, como técnicamente sería más correcto entender desde la propia perspectiva del tribunal

sentenciador, sino que, por el contrario, fue la demandada, con su temprano e injustificado incumplimiento, quien puso a la actora en una situación tan apurada que justificaba plenamente su intento de, como se alega en el recurso, minimizar los daños de la temporada 2002 y buscar el modo de no tener que cerrar el negocio.

Doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante.—La sentencia infringe también el artículo 1106 CC, uno de los especialmente citados en el motivo primero, y la jurisprudencia de esta Sala invocada también por la parte recurrente, porque si el lucro cesante se funda en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso (SSTS de 14 de julio de 2003 y 26 de septiembre de 2002, entre otros), es decir, en este caso el incumplimiento contractual de la demandada, claro está que, dado el total cumplimiento de sus obligaciones contractuales por la actora, lo razonablemente presumible era que la demandada cumpliera íntegramente las suyas y pagara su contraprestación a la reserva exclusiva de todas las habitaciones del hotel durante el tiempo pactado. De aquí que cuantificar lo que debe pagar la demandada en todo lo que ésta tenía que abonar por las temporadas contratadas no entraña el enriquecimiento injusto que apunta la sentencia recurrida en su FJ 5.º para justificar la exclusión de lo correspondiente a las temporadas 2002, 2003 y 2004, sino que esa cuantificación constituirá en principio la base de la suma a cargo de la demandada para, a partir de la misma, y por el principio de que los daños y perjuicios indemnizables son los verdaderamente sufridos o probados como tales, deducir lo que ganó la actora al contratar con el otro turoperador tras desentenderse la demandada de sus obligaciones. (**STS de 3 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La Entidad Mercantil C., S. A., propietaria de un hotel, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manacor contra la turoperadora LTU en reclamación de los daños y perjuicios fruto del incumplimiento del contrato concertado entre la cadena hotelera y la turoperadora. El contrato estipulaba que la entidad hotelera reservara todas sus plazas y servicios en exclusiva para la empresa turoperadora con la obligación de ésta de pagar las habitaciones reservadas con independencia de que llegaran a ocuparse, todo ello durante las temporadas turísticas comprendidas entre los años 2001 a 2004. Sin embargo, y ante el incumplimiento de la empresa turoperadora ya durante el año 2001, la sociedad C., S. A. concertó otro contrato con una turoperadora distinta.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda al considerar que debía indemnizarse a la entidad hotelera por la totalidad de las temporadas reservadas. Apelada la sentencia, la Audiencia de Baleares la revocó, al afirmar que sólo debían indemnizarse los daños hasta que el hotel contrató con otra turoperadora. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y confirmó la sentencia de instancia con la única modificación de que, de las cantidades que debía pagar la demandada a la actora, debería restarse lo ganado por ésta merced a su contrato con la otra turoperadora. (*A. S. C.*)

23. Artículo 1108 CC. Abono de intereses por cumplimiento tardío y culpable de una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero. Exigencia de liquidez. Evolución jurisprudencial.—La Sala 1.^a tiene declarado, en S de 16 de noviembre de 2007, lo siguiente: «Ciertamente, durante mucho tiempo, la doctrina jurisprudencial, a través de la exigencia de liquidez y con apoyo en el principio (en realidad regla, o aforismo) de *«in illiquidis non fit mora»* (sin base histórica ni de derecho positivo), vino manteniendo un criterio muy riguroso al requerir, prácticamente y de modo general, coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpellación judicial. La exigencia fue atenuada a partir de la S de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994; 19 de junio, 20 de julio, 9 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, que sustituye la coincidencia matemática por la «sustancial», de modo que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses. A partir del Acuerdo de esta Sala 1.^a de 20 de diciembre de 2005 se consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, que, prescindiendo del alcance dado a la regla *«in illiquidis non fit mora»*, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del *«dies a quo»* del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la 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 demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado». (STS de 15 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La actora ejercitó acción de reclamación de responsabilidad contractual frente a la demandada, a la que estaba ligada por diversos contratos de obra y solicitó el abono de una determinada cantidad en concepto de precio no satisfecho de diversos trabajos por ella verificados con ocasión de la citada relación contractual, así como en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por diversas causas; también, suplicó que se condenara a la demandada al pago de los intereses legales devengados desde el primer requerimiento de pago a la mercantil demandada.

El Juzgado acogió en parte la demanda y condenó a la demandada a que pagara a la actora una determinada cantidad más los intereses legales de la suma concedida desde la fecha de presentación de la demanda hasta su total pago.

Dicha sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que condenó a la demandada al abono a la actora de una cantidad superior a la inicialmente concedida más los intereses legales a partir de su resolución.

La demandante interpone recurso de casación, acusando la infracción de los artículos 1100 y 1108 CC y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta y desarrolla, en el sentido de considerar el abono de los intereses legales desde la fecha de la interpellación judicial. El Tribunal Supremo estima el recurso. (B. G. F.)

24. Responsabilidad del Procurador: incumplimiento de obligaciones profesionales: indemnización por imposibilidad de ejecución: reconocimiento de servidumbre de paso contra RENFE: providencia no notificada: naturaleza de la relación del Procurador con su cliente.—La calificación jurídica que corresponde a la relación entre un Procurador y su cliente es la del carácter contractual. La falta de un modelo central de la relación de gestión determina que doctrinal y jurisprudencialmente se construya con elementos del mandato y del arrendamiento de servicios, que responden ambos a momentos históricos y necesidades sociales diferentes; así acuden al mandato representativo las SSTS de 28 de enero, 25 de marzo y 3 de octubre de 1998, 23 de mayo de 2001, 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006, mientras que las SSTS de 25 de noviembre de 1999 y 27 de julio de 2006, entienden aplicable el régimen del arrendamiento de servicios. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigida según su naturaleza y circunstancias. Concorre la responsabilidad por negligencia o morosidad cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado del cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber ocurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos.

Determinación de la cuantía del daño: doctrina general.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*. La parte recurrente imputa a la sentencia no haber tenido en cuenta el daño patrimonial sufrido por la frustración de las actuaciones judiciales que hubiera podido emprender.

Daño por frustración de una acción y daño moral.—Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza; en este supuesto no puede confundirse la valoración discrecional de la compensación —que corresponde al daño moral— con el deber de efectuar un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción. Aunque ambos procedimientos resultan indispensables para atender al principio *restitutio in integrum* que constituye el quicio del derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en aplicación del principio de proporcionalidad; así mientras todo daño moral efectivo, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar.

La sentencia recurrida se funda en las circunstancias y resuelve conforme a ellas otorgando una indemnización fundada en la imposibilidad de interponer recurso contra la sentencia de primera instancia; y aun cuando califica

como daño moral el perjuicio padecido, no se acusa una notoria desproporción entre el daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción impugnatoria contra la sentencia de primera instancia y la indemnización fijada, que se determina en un porcentaje prudencial sobre el total de la indemnización a que se condenó a la actora en la expresada sentencia, y no puede afirmarse que no se haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial si se hubiese disminuido la indemnización fijada. En todo caso, la actora no alega hecho alguno, entre los admitidos como probados, del cual pueda deducirse una mayor probabilidad de éxito en sus pretensiones –en el caso de que no se hubiera producido la conducta negligente por parte del procurador–, que pudiera justificar la procedencia de aplicar un porcentaje superior sobre la indemnización, a cuyo pago resultó condenada. (**STS de 12 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—RENFE interpone demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios contra el Procurador que le había representado en un anterior pleito judicial sobre acción confesoria de servidumbre de paso. El demandado admitió que la sentencia dictada en el procedimiento de menor cuantía no fue entregado en tiempo oportuno al Abogado, por lo cual RENFE no pudo recurrirla y devino firme; en ella se reconocía la existencia de una servidumbre de paso y se condenaba a aquélla a estar y pasar por esta declaración y a restituir al reclamante el derecho de paso. Al resultar la sentencia de imposible cumplimiento, se inició el procedimiento para fijar la indemnización; con fecha 20 de febrero de 2001 se dictó providencia notificada al Procurador al día siguiente; éste manifestó haber dado traslado al Abogado en tiempo oportuno, pero RENFE afirmó que no se le entregó copia de la providencia, sino del auto de 17 de mayo de 2001, en que se fijaba en torno a cien millones de las antiguas pesetas la indemnización de daños y perjuicios que debía abonar RENFE por imposibilidad de ejecución de la sentencia firme. El Juzgado consideró cierta en ambos extremos la versión de la parte actora y condenó al demandado al abono de 121.225,61 euros. La Audiencia Provincial, siguiendo el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos entendió que el Procurador había notificado al Abogado la providencia de 20 de febrero de 2001, pues en el escrito promoviendo incidente por nulidad de actuaciones se reconocía que se le había dado traslado del contenido de dicha providencia; pero consideró que la conducta del Procurador de no notificar en tiempo oportuno la sentencia dictada había perjudicado los intereses legítimos de RENFE de interponer los oportunos recursos y le había producido un daño moral que valoró en 60.101,21 euros, a cuyo pago condenó al Procurador. Sólo se admitió el recurso de casación interpuesto por RENFE, que resulta rechazado con base en la doctrina extractada. El Tribunal Supremo lo rechaza, si bien discrepa de la argumentación de la Audiencia Provincial, en cierto modo, reinterpretándola. (G. G. C.)

25. Cláusula penal: no cabe su moderación judicial cuando se hubiera previsto por los contratantes para sancionar el cumplimiento

deficiente de la prestación.—El artículo 1154, con precedentes en el artículo 1805 del Proyecto de 1851 y en el artículo 1231 CC francés —«... *a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier...*»— remite al juicio de equidad del Juez para la moderación de la pena convencional «cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Como señalamos en la S de 20 de junio de 2007, responde la mencionada norma a la idea de que, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista.

En definitiva, la potestad judicial moderadora de la pena convencional está contemplada para los supuestos en que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor» como establece el artículo 1154 CC —SS de 13 de julio de 1984, 29 de marzo y 21 de junio de 2004—, pero sólo si tal incumplimiento no hubiera sido el pactado como el supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes.

Dicha doctrina ha sido sancionada por la jurisprudencia que, por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes —art. 1255 CC— y al efecto vinculante de la regla contractual —«*pacta sunt servanda*»—: artículo 1091 CC—, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación. Así, la S de 13 de febrero de 2008 se remite a la de 14 de junio de 2006 para declarar que «cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes».

En el caso que se enjuicia, la Audiencia Provincial de Madrid redujo la pena no para adaptarla a una voluntad de las partes no expresada y presunta, sino porque le pareció desproporcionada y porque el incumplimiento al que la habían vinculado los contratantes, como una consecuencia querida, era de escasa entidad.

La aplicación de la jurisprudencia cuya esencia ha quedado expuesta lleva a la conclusión de que el Tribunal de apelación hizo una indebida utilización de la potestad moderadora de la cláusula penal que atribuye el artículo 1154, al corregir sin justificación el resultado del ejercicio legítimo por los contratantes de su autonomía de voluntad, mediante una cláusula cuyo efecto vinculante ha de ser en el caso el mismo que el de las demás del contrato.

Prohibición de concurrencia.—[...] para afirmar que un producto compite con otro se hace necesario llevar a cabo un [...] juicio, de naturaleza distinta, a partir de los hechos probados, para identificar el mercado relevante, en sus dimensiones objetiva, temporal y espacial, y para comparar los productos supuestamente competidores, todo ello a la luz de reglas económicas y jurídicas cuya aplicación al caso tolera [...] una revisión en casación,

como hemos declarado en supuestos semejantes a estos efectos –así, respecto de la relación de causalidad, S de 29 de noviembre de 2006; la entidad resolutoria del incumplimiento de contrato, S de 14 de mayo de 2007; o la existencia del riesgo de confusión en el ámbito de las marcas, SS de 7 de julio de 2006, 12 de junio de 2007 y 15 de enero de 2009. (**STS de 1 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

HECHOS.—La empresa M. I. V. demandó a don Nicanor, don Carlos Manuel, don Aurelio, la sociedad H. H. y la fundación L. reclamando se aplicara la pena convencional establecida para el caso de infracción de la prohibición de competencia incorporada a un contrato de transmisión de acciones de una Sociedad Anónima. En esencia, la empresa había adquirido de los demandados las acciones que le faltaban para ostentar el cuarenta y nueve por ciento de una sociedad anónima dedicada a la actividad editorial. En el contrato se pactó una prohibición de concurrencia que obligaba a los vendedores a evitar actividades que pudieran competir con el negocio de la sociedad durante un periodo de tres años. La pena establecida para caso de incumplimiento de la prohibición consistía, para cada uno de los incumplimientos, en 200 millones de pesetas cuando la contravención consistiera, concretamente, en la edición de publicaciones en el ramo del automóvil. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la reclamación condenando a los demandados al pago de 400 millones de pesetas. Recurrieron en apelación los demandados y la Audiencia estimó parcialmente el recurso revocando la resolución de instancia y rebajando el monto de la condena a la cantidad de 40 millones de pesetas. Recurrieron en casación ambas partes y el Tribunal Supremo declaró haber lugar a los dos recursos a consecuencia de lo cual la condena a los demandados se concretó en 200 millones de pesetas. (R. G. S.)

26. Arras. Se presume el carácter meramente confirmatorio de las arras salvo que los contratantes expresen clara y evidentemente su función penitencial.—En torno al carácter de las arras, es doctrina constante, plasmada en la reciente S de 24 de marzo de 2009 (Recurso de casación 946/2005), que cita la de 20 de mayo de 2004, que a su vez menciona la de 24 de octubre de 2002, que «ante la imposibilidad de dar concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el art. 1454» señalando también la antedicha S que «las arras o señal que, como garantía permite el art. 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitable de las partes en aquel sentido según declararon las SS de 24 de noviembre de 1926, 8 de julio

de 1945, 22 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (STS de 10 de marzo de 1986»). En otras palabras, y como señala la STS de 31 de julio de 1993, «el contenido del art. 1454 CC no tiene carácter imperativo, sino que, por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo». (STS de 29 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En el contrato privado de compraventa de un apartamento y su correspondiente plaza de garaje se introduce una cláusula a cuyo tenor: «En caso de que la parte compradora incumpliera el presente contrato, perderá la cantidad entregada, en caso de que el incumplimiento fuese por la parte vendedora, ésta, deberá devolver la cantidad entregada por duplicado». Ejercitada por la parte compradora la acción de cumplimiento de contrato, solicitando que éste se elevara a público, alega el vendedor el carácter penitencial de las arras y, consiguientemente, su voluntad de desistir del contrato dando por perdido el duplo de lo recibido en su día. Tanto en primera como en segunda instancia, se interpreta la cláusula transcrita como continente de una cláusula penal con función meramente confirmatoria, criterio que hace suyo también el Tribunal Supremo. (L. F. R. S.)

27. Presupuestos de la acción pauliana.—En el motivo único del recurso se enumeran los requisitos de la acción pauliana cuando, realmente, sus presupuestos son simplemente, como se ha apuntado anteriormente, el *eventus damni* que implica la subsidiariedad y el *consilium fraudis* que implica la conciencia del perjuicio. Normalmente, el crédito del acreedor es anterior al acto dañoso y fraudulento, aunque cabe la acción cuando se produce la enajenación en consideración al crédito futuro (así, STS de 15 de marzo de 2002). No es éste el caso. En el presente, se constituye una fianza, es decir, el contrato (20 de marzo), cuando ya los fiadores carecen de bienes inmuebles (desde el 7 de marzo) y cuando nace el crédito, por vencimiento de la póliza (30 de abril) se presenta la demanda (8 de mayo): como dice, en caso semejante, la STS de 8 de marzo de 2003, no ha lugar a la acción rescisoria por no haber perseguido los bienes de los deudores para hacer efectivo el cumplimiento de su obligación como lo eran las participaciones sociales de los mismos o, en su caso, haber ejercitado la acción rescisoria contra su transmisión de tales participaciones a terceros. Pero se ha ejercitado la acción revocatoria frente a una transmisión de inmuebles a una sociedad de la que eran socios únicos y que se había constituido antes de la constitución de la fianza. No cabe, pues, que ésta prospere y, por ello, la sentencia no ha infringido los artículos que se alegan como infringidos; el recurso debe ser desestimado, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión

al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (**STS de 28 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En fecha 7 de marzo de 2002, C. y su esposa, T., constituyeron, como únicos socios, la entidad mercantil I. H. C. T., S. L., a la que aportaron varios de sus bienes inmuebles. Asimismo, el 25 de marzo de 2002, vendieron a la sociedad L. E., S. L, cuyos únicos socios eran el matrimonio mencionado, diversas fincas más de su propiedad. La sociedad L. E., S. L. concertó, en fecha 20 de marzo de 2002, una póliza de descuento de efectos comerciales con C. A. E., que venció el 30 de abril de 2002, constituyéndose C. y T. como fiadores solidarios de las obligaciones derivadas del contrato. Ante el impago, C. A. E. interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de la escritura de constitución de sociedad y del contrato de compraventa celebrados por fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almendralejo estimó en parte la demanda, al considerar procedente la acción pauliana contra la sociedad L. E., S. L., pero la denegó respecto de la otra sociedad, al considerar que los bienes que se aportaron a dicha entidad mercantil fueron anteriores a la constitución de la póliza. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Badajoz, salvo la condena en costas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

28. Forma de configurar el privilegio general establecido a favor de los créditos de la Hacienda pública.—Para realizar el cómputo del privilegio general no deben tenerse en cuenta los créditos ya clasificados con una y otra condición.

Calificación de los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social.—Los créditos por recargo tributario de apremio, tanto por deudas tributarias como de la Seguridad Social, han de considerarse como créditos subordinados dado su carácter de sanción derivada del incumplimiento de la deuda correspondiente.

Calificación de los créditos tributarios por IVA.—Como regla general, los créditos por IVA contra un deudor concursado deben considerarse como créditos concursales y no contra la masa. Sólo cuando el hecho imponible del impuesto ha tenido lugar con posterioridad a la declaración del concurso, el crédito puede ser calificado como un crédito contra la masa. El momento de liquidación del impuesto no altera la calificación del crédito por IVA. Esta doctrina jurisprudencial se basa en los principios de *par condicio creditorum* (igualdad entre los acreedores) y restricción de los privilegios reconocidos.

Calificación de los créditos derivados de retenciones por IRPF.—Estos créditos deben considerarse como subordinados cuando se refieren a rentas o salarios abonados antes de la declaración del concurso, con independencia de que las normas tributarias establezcan un periodo para la liquidación o el ingreso que concluya con posterioridad a la declaración concursal. Es necesario tomar como referencia el momento en el que nace la obligación de retener: cuando se abonan las rentas o salarios. Atender al periodo en que procede el ingreso supondría una discriminación para el resto de los acreedores concursales en la medida en que los plazos de ingreso pueden variar en

función del sujeto obligado. (**STS de 20 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La AEAT interpuso demandas incidentales derivadas de un concurso de acreedores solicitando, entre otras cosas, la calificación de «privilegiados» para algunos créditos tributarios por IVA e IRPF y sobre los recargos tributarios y de la Seguridad Social.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó las demandas y esta sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación por la abogacía del Estado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

29. Calificación de un crédito tributario por IVA.—En general, los créditos por IVA contra un deudor en situación de concurso de acreedores constituyen créditos concursales (con privilegio general). Sólo pueden obtener la calificación de créditos contra la masa cuando deriven de obligaciones nacidas de la Ley con posterioridad a la declaración del concurso. La obligación tributaria derivada del IVA nace con la operación mercantil a la que se vincula y no con la liquidación del impuesto. Aceptar este último criterio supondría vulnerar el principio de igualdad entre los acreedores del concursado dado que la liquidación de impuesto varía en función de determinadas circunstancias. Por consiguiente, para que un crédito por IVA sea considerado como un crédito contra la masa es necesario que la operación a la que se vincula se haya realizado con posterioridad a la declaración del concurso. (**STS de 1 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una mercantil fue declarada en concurso de acreedores. Una vez realizada la calificación de los créditos concursales, la AEAT impugnó el cálculo de los privilegios realizado por la Administración concursal solicitando la calificación del crédito por IVA contra el concursado como un crédito contra la masa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda calificando el crédito impugnado como un crédito concursal con privilegio general. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso confirmando la sentencia de instancia. La AEAT interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue igualmente desestimado. (*J. D. S. C.*)

30. Asunción de deuda.—A partir de una S de 22 de febrero de 1946 se abrió camino en la jurisprudencia la figura de la asunción de deuda, que ha sido considerada como un negocio atípico que se rige por lo pactado, debe ser consentido por el acreedor y que encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 1255 CC. A tal efecto, la STS de 16 de marzo de 1995 dice que «la institución de asunción de deudas, si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada doctrinalmente por la jurisprudencia de esta Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionalmente la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente acepta y asume la obligación de

satisfacer la deuda, con lo que se alcanza estado liberatorio para el primero. De esta manera no se da la coexistencia de dos créditos frente a dos deudores, al prevalecer el último como obligado pasivo, necesitando para la plena eficacia el consentimiento del acreedor, que no cabe sea en forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida, no siendo preciso que sea coincidente con el acto jurídico asuntivo, ya que puede ser posterior, pero debidamente manifestado [...]» (SSTS de 6 y 27 de junio de 1991, 23 de diciembre de 1992 y 29 de noviembre de 2001).

Cesión de crédito.—Es un negocio jurídico que se efectúa entre el titular del crédito, cedente, con un tercero, cessionario, en cuya virtud éste se convierte en titular del crédito cedido (art. 1526 CC). De esta forma, el deudor cedido ve que su acreedor ha cambiado. (STS de 15 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 16 de noviembre de 1990, E. compró a la entidad P., S.L. unas viviendas en construcción. Este contrato fue resuelto por las partes el 15 de febrero de 1992. La vendedora recuperó la propiedad de las viviendas y reconoció adeudar, por diversos conceptos, a E. la suma de 12.000.000 de pesetas. Esta cantidad debería ser pagada antes del 15 de febrero de 1993.

El 11 de enero de 1993, E. cedió a M. el crédito que tenía contra P., por un importe de 13.000.000 de pesetas. El mismo día M. dirigió una carta a E. en la que dijo que «por la presente, y en base a los acuerdos suscritos con P., S.L., en el día de la fecha, y en virtud de lo dispuesto en la estipulación primera por la que me efectuas la cesión de los derechos de crédito contra la aludida entidad, como complemento a su clausulado, por medio del presente documento reconozco adeudarte la suma de diez millones de pesetas como contraprestación a la adquisición de diversas fincas a mi favor operada».

E. y su esposo demandaron a M. alegando que le habían efectuado un préstamo, que el prestatario invirtió en la compra de unos inmuebles en las operaciones inmobiliarias de P., de la que era socio; que desde 1995 no había abonado ninguna cantidad a sus tíos y que entre el capital y los intereses, debía a los demandantes una cantidad de 20.901.033 pesetas. Pedían que se condenara al demandado al abono de dicha cantidad más los intereses. M. respondió diciendo que no hubo préstamo ni crédito alguno, aunque reconoció que debía a E. la cantidad de 10.000.000 de pesetas, pero no debía los intereses.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, calificando de asunción de deuda lo que, a juicio del Alto Tribunal es, sin embargo, una cesión de créditos. (B. G. F.)

31. Compraventa. Perfección del contrato.—La venta se perfecciona entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Así lo establece el artículo 1450 CC, que confirma el carácter consensual y obligacional de la compraventa. El contrato se per-

fecciona por el consentimiento y no requiere como elemento estructural la entrega de la cosa, generando únicamente la obligación de entregarla, según dispone el artículo 1461 (SSTS de 31 de diciembre de 2002; 5 de octubre de 2005, entre otras muchas). La consideración de que los conceptos jurídicos tienen una sustancia propia e independiente es evidente. La determinación del artículo 1445 está referida a la entrega, por lo que es necesario para la consumación del contrato, pero no para su perfección. La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la *traditio* para ello (arts. 609 y 1095 CC). Las consecuencias son asimismo distintas: cuando no es posible el cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato), en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad de conformidad con el artículo 1272, en relación con el artículo 1261.2, ambos del CC, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida –con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora– (art. 1184 CC), en el que se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, SSTS de 10 de abril de 1956; 30 de abril de 2002 y 21 de abril de 2006. La resolución del contrato, que es lo que declara la sentencia, supone por tanto la existencia de un contrato válido y eficaz, que es lo que sucedió en este caso en el que la controversia no se ha planteado en el ámbito de la nulidad contractual, sino en el de la resolución, dando por supuesto ambas partes, como no podía ser de otra forma, que la compraventa se perfeccionó por la concurrencia de los requisitos establecidos para ello, entre ellos, el de la cosa que constituyó su objeto.

Recalificación urbanística. Inexistencia de *aliud pro alio*.—En segundo lugar, la obligación de entregar cosa determinada se extingue cuando ésta se pierde o se destruye sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora –art. 1182 CC–, de donde se sigue que la recalificación urbanística de lo comprado no produce alteraciones extraordinarias sobrevenidas e imprevisibles al momento del cumplimiento del contrato, que permita la resolución unilateral del mismo, cuando la compradora pudo haber hecho efectivo el compromiso de otorgar la correspondiente escritura y complementar el precio convenido en el momento de su otorgamiento; obligaciones de las que no quedaba eximido en aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, o entrega de cosa diversa de la pactada y consiguiente insatisfacción negocial, al ser aquél impropio para el fin a que se destina, puesto que no se le entrega cosa distinta o una cosa por otra sino la misma que había sido objeto del contrato y tampoco la prestación resultaba imposible pues nada se ha perdido, destruido o desaparecido, antes al contrario, cumplimentando su objeto social. Lo contrario sería dejar el contrato al arbitrio de la parte compradora, en contravención de los artículos 1081 y 1256 CC, y de una regla de hermenéutica –art. 1284– dirigida a buscar el significado que más conviene a producción de los efectos contemplados por los otorgantes en el contrato, y que no es otro que el de su conservación puesto que, manteniéndolo, se ha permitido al comprador cumplir la finalidad perseguida, incluso tras la recalificación. Estamos, por tanto, ante un contrato perfeccionado, conforme al artículo 1450 CC, que la vendedora ha cumplido mediante la entrega de un objeto hábil y que la compradora ha incumplido en cuanto a la obligación de otorgar escritura pública y pagar el precio, infringiendo el artículo 1501, lo que impone la resolución instada por dicha parte, y permite, de otro, obtenerla a instancia de la vendedora, según el artículo 1124 CC que exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obliga-

ciones que a él le incumben (SSTS 9 de octubre de 2007 y las que se citan en ella). (**STS de 14 de mayo de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Con fecha 24 de enero de 2001, I., P., A., B. y J. vendieron un inmueble a VHU, S.L. y la compradora entregó una cantidad a cuenta del precio. Al parecer el inmueble fue objeto de recalificación urbanística con posterioridad.

VHU, S.L. interpuso demanda contra los vendedores, por la que reclamó resolución del contrato de compraventa por inhabilitad del objeto al haberse producido la recalificación, con restitución de la cantidad entregada a cuenta del precio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía desestimó la demanda, mediante S de 5 de junio de 2003. La sentencia estimó parcialmente la reconvenCIÓN formulada por los vendedores y declaró resuelto el contrato de compraventa por impago del precio, con obligación de restitución en parte de las cantidades entregadas por la compradora. Interpuesto recurso de apelación por parte de la compradora, la S de 2 de diciembre de 2003 de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Valencia lo estima, tras considerar que la compraventa no se había perfeccionado, y desestima la reconvenCIÓN de los vendedores. A continuación I., P., A., B. y J. recurren en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

32. Compraventa. Diferencias con el contrato de distribución comercial.—La decisión contraria a subsumir la relación comercial de las partes en la modalidad de contrato de distribución es plenamente lógica y razonable atendiendo a la configuración doctrinal de este contrato. Conviene recordar que el contrato de distribución es un contrato atípico, englobado dentro de los llamados de colaboración comercial, como ocurre con los de agencia y franquicia, en el que está presente la idea de la mutua cooperación de empresarios por un tiempo indefinido o determinado pero con vocación de estabilidad, para la difusión de un producto, marca o servicio en un ámbito geográfico convenido, de forma exclusiva o no, en beneficio del principal, quien, sin necesidad de afrontar los costes de una red de difusión, va a lograr este mismo fin gracias al distribuidor, el que, por su parte, actúa en su nombre y por cuenta propia al comprar en firme al empresario concedente y revender, asumiendo los riesgos de la comercialización (por todas, STS de 20 de julio de 2007, con cita de las de 8 noviembre de 1995 y 1 febrero y 31 de octubre de 2001, que lo diferencian del de agencia en que tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio pero donde es básica la independencia del agente, como intermediario independiente que no asume ningún tipo de riesgos). Pero además, no puede obviar la entidad recurrente que también es un rasgo común a los contratos de colaboración, predictable singularmente del de distribución, con o sin exclusiva, y que los diferencia de una simple concatenación por tiempo indefinido de contratos de compraventa, la sujeción del colaborador respecto del empresario principal, al que corresponde impartir instrucciones y fijar las condiciones en que debe llevarse a cabo la distribución de los productos, y ello, como bien indica la Audiencia, aún cuando no medie entre ambos empresarios un pacto de exclusiva, traduciénd

dose usualmente dicha superior dirección y supervisión del fabricante, productor o concedente en el establecimiento de cupos de venta y compra, sin perjuicio de otras manifestaciones. Por tanto, para que pueda hablarse de contrato de distribución es necesario que el distribuidor se someta al poder de decisión, dirección y supervisión que corresponde al empresario para el que colabora, aún cuando el distribuidor actúe con terceros en su propio nombre y por cuenta propia. Y ello es así incluso en casos de distribución sin exclusiva, pues aunque la autonomía del empresario cooperador es mayor en la distribución autorizada o selectiva, ello no implica que no deba atender a las instrucciones o indicaciones de su principal.

La referida característica no se aprecia en el caso enjuiciado, donde es un hecho probado que la relación comercial de las partes tiene su única razón de ser en las relaciones familiares y personales de los socios y gestores de ambas sociedades, faltando lo que la Audiencia acertadamente define como «mayor intensidad» de la actuación del concedente respecto del distribuidor, que es necesaria para excluir la presencia de una mera sucesión en el tiempo de operaciones de compra y venta mercantiles. En consecuencia, la calificación realizada por la Audiencia ha de prevalecer en casación, pues se adecua plenamente a la situación fáctica, a la que aplica correctamente la doctrina que se invoca como vulnerada, sin atisbo alguno de ilogicidad en sus conclusiones hermenéuticas. (STS de 18 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—LP, S.A., hoy GLP, S.A., vendió una serie de productos lácteos a PH, S.L. mediante múltiples contratos verbales de compraventa en el marco de una relación comercial continuada.

La vendedora interpuso demanda con la que solicitó que se condenara a la compradora al pago de la cantidad reclamada correspondiente al precio de los productos.

La S de 13 de noviembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Aranda de Duero estimó la demanda y desestimó la reconvenCIÓN formulada por PH, S.L. con la que reclamó, entre otros pedimentos, que se condenara a la vendedora a indemnizar los daños y perjuicios causados por desistir de un contrato de distribución comercial. El Juzgado consideró que la extinción unilateral por parte de GLP, S.A. no había causado los daños y perjuicios reclamados por la compradora por no haberse celebrado ese contrato. PH, S.L. interpuso recurso de apelación tras mantener la calificación del contrato que le vinculaba con LP, S.A. como de distribución comercial. La S de 23 de marzo de 2004 de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos lo desestimó. La compradora recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

33. Contrato de permuta de solar por viviendas y locales en el edificio que se construirá formalizado en escritura pública. No tuvo lugar la traditio ficta en virtud de la escritura pública, porque la entrega se pactó para un momento posterior.—Tampoco ha habido transgresión por inaplicación del artículo 1462, ya que el párrafo segundo de este precepto dispone que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de

ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

La sentencia recurrida considera como hechos probados que no existió inicialmente «*traditio*» de la cosa, debido a que en la escritura de 27 de febrero de 1996, se pactó un compromiso de entrega en el futuro y la necesidad de otorgar la escritura pública de adjudicación para que se produjera la transmisión; y en la escritura de subsanación de 1 de marzo de 1996, se previó una cláusula penal de 1.000.000 de pesetas, por cada mes que se retrasase la entrega de los elementos comprometidos, una vez finalizada la obra en el plazo acordado, que eran treinta meses, lo que supone que la entrega de las viviendas se produciría en fecha posterior, por lo que no tuvo lugar la «*traditio ficta*», y ello por aplicación de lo dispuesto en el propio artículo 1462.

La debilidad de la posición del transmitente no es razón bastante para alterar el sistema del título y el modo imperante en nuestro Derecho.—Esta Sala tiene declarado, en S de 27 de abril de 2009, que es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo, esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento. (STS de 6 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El demandante había permutado con una sociedad constructora un solar por viviendas y locales en el edificio que ésta se comprometía a construir. La sociedad inscribió la escritura de permuta en el Registro de la Propiedad y, al obtener un préstamo de una entidad de crédito, constituyó hipoteca sobre el solar para garantizar la obligación. Construido el edificio, la constructora suscribió escritura pública de división de fincas y entrega de locales, plazas de garaje y trasteros al demandante, pero no hizo lo propio respecto de las viviendas que, además, estaban hipotecadas. El demandante demandó a la entidad de crédito y a la constructora solicitando la declaración de nulidad de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria por considerar que desde la fecha de la escritura pública de permuta era la propietaria de las viviendas objeto del litigio, por lo que la constructora no tenía facultades para hipotecarlas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación instado por el demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

34. Compraventa. Simulación relativa.—Es cierto que, al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 CC, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito negocial por falta de la causa—, y la relativa —en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado— (por todas, STS de 22 de marzo de 2001); y, asimismo, esta Sala ha manifestado que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa, no priva *per se*, de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, y encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (entre otras, SSTS de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de enero de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero y 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999).

Nulidad de la donación de inmueble disimulada.—No obstante, la posición actual, plasmada en la sentencia de esta Sala 1.^a del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, mediante S de 11 de enero de 2007, ha declarado lo siguiente: «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico. La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que «excedan del valor del gravamen impuesto», es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (art. 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incomprensibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria

con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria». Posteriormente, las SSTS de 26 de febrero de 2007 y 5 de mayo de 2008 han mantenido idéntica posición que en la reseñada de 11 de enero de 2007. (STS de 4 de mayo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don Domingo, doña Rosaura y don Leovigildo, herederos de don Paulino, promovieron demanda contra doña Lorena alegando se declarase que el contrato de compraventa de la finca objeto del litigio, otorgado ante un notario en fecha 8 de agosto de 1994, del que doña Lorena era parte, constituye una simulación absoluta por falta de causa, por lo que es nulo de pleno derecho, así como, que la puesta a nombre de doña Lorena de las acciones y de las participaciones sociales ante el Corredor de Comercio en fechas 1 y 7 de septiembre de 1994, constituye otra simulación absoluta que por falta de causa es nula de pleno derecho, siendo don Paulino su único y real propietario. Subsidiariamente y para el improbable caso que se entendiera la existencia de una subyacente donación encubierta, los demandantes pidieron que se declarase su nulidad por la falta de requisitos para la donación, y por la ilicitud de la causa.

La demanda fue desestimada en ambas instancias. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia de primera instancia sólo en lo que se refiere a costas. Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte, entendiendo que, al tratarse en el caso de la finca con una simulación relativa de un bien inmueble, ésta no cumplía con los requisitos de forma establecidos *ad solemnitatem* para las donaciones. (M. L. K.)

35. Compraventa simulada. Gratitud de la transmisión. Invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa.—La donación es un acto gratuito que ha sido mirado con una cierta previsión por todos los legisladores, lo que ha implicado la exigencia de determinados requisitos para su validez, como excepción al principio de la libertad de forma consagrado en la actualidad en el artículo 1278 CC. Incluso en legislaciones más modernas se exige la forma pública para la validez de las donaciones, pudiendo ponerse como ejemplo el artículo 531-12 del Código civil de Catalunya, que establece que «las donaciones solo son válidas si los donantes las hacen y los donatarios las aceptan en escritura pública». Respecto de la validez de la donación encubierta, cuando ha sido disimulada por el otorgamiento de una escritura pública de compraventa, es cierto que esta Sala ha venido manteniendo una línea poco clara. Se pueden citar sentencias en las que se había negado la validez de la donación por entender que no se podía probar el *animus donandi* (STS de 1 de diciembre de 1964), o porque no constaba la aceptación del donatario por haber prestado éste su consentimiento para una compraventa y no para una donación (STS de 1 de octubre de 1991), aunque frente a ellas, son muchas las que declaran la posición contraria, es decir, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Sin embargo, a pesar del problema planteado por la forma

de las donaciones remuneratorias, la línea marcada por las sentencias más recientes con relación a las donaciones es que la escritura de venta no sirve para cubrir el requisito de la forma de la donación (SSTS de 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, 11 de enero de 2007, 4 de marzo y 5 de mayo de 2008 y 4 de mayo de 2009, por no citar sino las más recientes). Esta es, en consecuencia, la doctrina que debe ser aplicada al presente recurso de casación.

[...] La sentencia del pleno de esta Sala, de 11 de enero de 2007, declaró que «[...] una escritura de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos», doctrina seguida por las siguientes sentencias: 26 de febrero de 2007, 18 de marzo de 2008, 5 de mayo de 2009, 18 de marzo de 2008 y 4 de mayo de 2009. La S de 18 de marzo de 2008 resume la reciente doctrina diciendo que «[...] en cualquier caso esta Sala se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario». (STS de 27 de mayo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La finca, objeto del litigio, pertenecía al patrimonio hereditario de doña Ana María, que, en un testamento ológrafo nunca protocolizado, la había legado a la madre del demandante don Carlos Francisco, para que, a su muerte, pasara a otro de sus hijos, don Edemiro. Se efectuaron una serie de operaciones para evitar el pago de los correspondientes impuestos, razón por la que no se protocolizó el testamento ológrafo y puso de relieve que se había pagado en realidad el precio que constaba en las escrituras de venta de la nuda propiedad y del usufructo. Don Edemiro y su esposa adquirieron además los muebles existentes en la finca. Pasados unos años y fallecida la madre de los litigantes, don Carlos Francisco demanda a su hermano Edemiro y a su esposa doña Rosa pidiendo que se declarara la nulidad de los contratos de compraventa y usufructo por falta de causa, que basaba en la manifestación efectuada por la testadora. Además pedía la nulidad de la donación disimulada, de modo que pertenecía ésta a la herencia de la madre.

La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial de Madrid, en cuyo efecto don Carlos Francisco recurrió en casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso en parte, declarando nulas y sin valor por simulación las compraventas de la nuda propiedad y el usufructo realizados entre la madre de los litigantes y don Edemiro por falta de forma requerida *ad solemnitatem*, manteniendo válida la compraventa de los muebles. (M. L. K.)

36. Donación de bienes privativos y gananciales efectuada conjuntamente por los cónyuges. El cónyuge viudo puede revocar la donación por incumplimiento de cargas actuando por derecho propio.—Es una

donación conjunta, en que la esposa codonante, fallecido su esposo codonante y sucedido el incumplimiento del modo después del fallecimiento de este último, tiene la facultad de revocar la donación conforme al artículo 647, facultad originaria, por sí misma y en nombre propio, no derivada del esposo premuerto: al donatario se le donó el total de las fincas, con un modo, lo incumplió y la codonante supérstite tienen la facultad de revocar, tanto más si los demás hermanos, herederos de su padre, el codonante, han consentido expresamente en la petición de revocación de su madre codonante, al allanarse a su demanda e incluso formularon demanda interesando tal revocación, con lo cual manifestaron su voluntad fehacientemente, aunque la demanda no fue admitida a trámite, tal como falla la sentencia de la Audiencia Provincial, a lo que se han aquietado las partes. (**STS de 3 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los cónyuges donaron a uno de sus hijos la nuda propiedad de 31 fincas, 25 de las cuales eran privativas del marido y gananciales las 6 restantes, reservándose los donantes el usufructo vitalicio y solidario sobre las fincas donadas, estableciéndose la carga o modo consistente en que el donatario y los donantes vivirían en una misma casa, constituyendo una sociedad civil familiar y determinándose que en caso de discordia que hiciese forzosa la separación de la vida en común entre el donatario y los donantes, se disolvería la sociedad familiar y quedaría resuelta y sin efecto la donación. Posteriormente, la convivencia quedó tan deteriorada que el donatario abandonó el caserío con su familia. Habiendo fallecido el marido donante, su viuda ejercitó la revocación de la donación por incumplimiento de cargas. Antes de la contestación a la demanda, el donatario demandado solicitó que la demanda fuera notificada a sus hermanos, que se personaron en el procedimiento y formularon reconvención solicitando también la revocación de la donación. El demandado contestó a la demanda y formuló reconvención solicitando el cese de cualquier actuación que le impidiera la plena posesión del caserío familiar y sus pertenecidos. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y la reconvención interpuesta por los hermanos del demandado. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia en el sentido de desestimar la reconvención interpuesta por el demandado y acordó no admitir a trámite la demanda formulada por los hermanos del demandado. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

37. Cláusula de sustitución o reversión a favor de tercero introducida en la donación: efecto automático.—Existe un paralelismo entre la donación con cláusula de sustitución o reversión a favor de tercero y la sustitución fideicomisaria, de forma que «en el momento de cumplirse el evento condicional previsto», las personas beneficiarias adquieren su derecho, «sin perjuicio de poder renunciarlo». El efecto de la reversión es por tanto automático y no requiere la aceptación formal expresa del tercero favorecido.

(STS de 15 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Enrique recibió una donación de su madre en la que constaba una cláusula en virtud de la cual si éste fallecía sin haber vendido el inmueble y sin descendencia, éste pasaría a su hermana Josefa o, si ésta hubiera premuerto, a sus hijas, Encarna y Marina. Al fallecer don Enrique, su mujer continuó en la posesión del inmueble, incluido en el inventario de la herencia, pero su sobrina Encarna demandó judicialmente que se declarase que la propiedad del inmueble les pertenecía a ella y a su hermana Marina (al haber premuerto Josefa a Enrique) y que el título de posesión de su tía era nulo. En Primera Instancia se desestimó la demanda por falta de legitimación activa, al no existir documento público de aceptación de la donación por parte de la actora, pero la Audiencia Provincial entendió que no cabe extender la formalidad del artículo 633 CC al efecto, siendo suficiente la aceptación de la persona favorecida por la cláusula introducida en la donación, cualquiera que sea la forma en que la aceptación se haya expresado. Por consiguiente, estimó parcialmente la demanda por lo que se refiere a la actora, desestimándola en cuanto se refiere a su hermana Marina, codemandada. En casación se confirmó la anterior. (*C. J. D.*)

38. Arrendamiento de vivienda: ruina técnica (art. 118 LAU).—La doctrina jurisprudencial mayoritaria (SSTS de 18 de noviembre de 1972; 30 de enero de 1984; 17 de julio de 1992; 7 de septiembre de 1994; 15 de febrero de 1996; 16 de julio de 2008 y 6 de julio de 2009) entiende que para la determinación de la ruina técnica, además de la valoración individualizada, es preciso computar las reparaciones que exija el inmueble que directa o indirectamente vengan referidas a viviendas o locales objeto de arrendamiento, cuando los elementos comunes se encuentren afectados por importantes deficiencias. En estos casos se necesita una reconstrucción de mayor alcance para que el arrendatario pueda continuar en el uso pacífico y seguro del inmueble. Por ello para cuantificar el coste de la reparación la ley hace referencia al límite del 50 % del valor real al tiempo de ocurrir el siniestro, para determinar la procedencia o no de la ruina técnica y la pertinencia o no de la reparación. Es decir, debe existir una desproporción manifiesta entre el resultado perseguido (reconstrucción) y el coste de producción que justifique la declaración de ruina técnica y la consiguiente resolución de los contratos de arrendamiento.

Además dichas obras de reconstrucción deben ser las necesarias para la habitabilidad del inmueble, sin que puedan incluirse las de mejora, confort u ornato, ni aquellas que fueran requeridas por normas administrativas para esos fines (SSTS de 30 de diciembre de 1968; 7 de julio de 1969; 1 de diciembre de 1972; 13 de mayo y 21 de diciembre de 1974 y 15 de febrero de 1996). **(STS de 22 de julio de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]**

HECHOS.—La mercantil A. S. L. interpone demanda contra varios de los arrendatarios del inmueble de su propiedad y solicita que se resuelvan los contratos de arrendamiento conforme al artículo 118 LAU.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y no entra a conocer del fondo de la cuestión. En grado de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y declara la resolución de los contratos de arrendamiento, condenando a los demandados a que dejen libre y desocupado en el plazo legalmente previsto el inmueble con apercibimiento de lanzamiento de no verificarlo. Se interponen dos recursos de casación y el Tribunal Supremo desestima el primero y estima el segundo, por lo que declara resueltos los contratos de arrendamiento al igual que la Audiencia, salvo respecto de uno de los demandados por falta de legitimación pasiva, al no ser la demandada la arrendataria de la vivienda. (S. E. M.)

39. Contratos de arrendamiento: la duración como elemento esencial. El derecho de prórroga forzosa.—El artículo 1543 CC define el arrendamiento de cosas como aquel contrato por el cual «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto». Así, el tiempo determinado —o, en su caso, determinable— por el que el propietario-arrendador cede el uso de la cosa, que le es propia, constituye un elemento esencial en todo arrendamiento.

La legislación de arrendamientos urbanos mantuvo desde el año 1920 la existencia de un derecho de prórroga forzosa a favor del arrendatario sobre la duración inicialmente pactada, que primero se plasmó en el artículo 57 LAU de 1964 con carácter irrenunciable y posteriormente fue dejada a voluntad de las partes en el artículo 9 del RD 2/1985, de 30 de abril, que suprimió el carácter forzoso de tales prórrogas. La doctrina discutió ampliamente sobre la naturaleza de dicha prórroga impuesta al arrendador e incluso criticó su falta de correspondencia con las reglas contractuales del Código civil; no obstante, se justificaba por la clara voluntad del legislador de evitar que los principios sobre libertad de contratación perjudicaran al arrendatario, que se consideraba la parte más débil en el contrato.

La evolución legislativa se ha manifestado claramente en contra de dicha prórroga, suprimiendo en primer lugar su carácter forzoso (art. 9 RD 2/1985) y abandonando definitivamente su reconocimiento y regulación en la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994, cuyas disposiciones transitorias se dedican a establecer un sistema de finalización de aquellos contratos que, nacidos antes de su entrada en vigor, estaban sujetos a prórroga forzosa para el arrendador y facultativa para el arrendatario.

Contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda en la LAU 1994. Duración, en concreto, el pacto de duración indefinida.—El artículo 4 de la LAU, dispone en su apartado 3, que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil». Se erige así por la ley la «voluntad de las partes» como la determinante con carácter prioritario del contenido contractual y, en concreto de la duración del arrendamiento, teniendo en cuenta que el apartado 1 del citado artículo 4 establece que los arrendamientos regulados en dicha Ley se someterán imperativamente, entre otras normas, a las comprendidas en su Título IV, dentro del cual (art. 37) se prevé que la formalización escrita del contrato habrá de comprender, entre otros extremos, «la duración pactada».

Aun cuando se entendiera que, en los términos regulados por la LAU 1994, la «duración pactada» podría ser indefinida, dicha solución no puede ser acogida por vulnerar los preceptos de carácter general que disciplinan los contratos y, en concreto, el de arrendamiento: así el artículo 1534 CC impone la fijación de un tiempo determinado para el arrendamiento, y el 1256 del mismo Código, impide que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.

En este sentido ha de afirmarse que una cosa es que el legislador pueda imponer, por razones de política legislativa, la prórroga forzosa para el arrendador, como efectivamente mantuvo para los arrendamientos urbanos desde el año 1920 hasta el año 1985, y otra muy distinta que las partes puedan hacerlo válidamente por la vía del artículo 4 de la LAU 1994 y el 1255 CC, sin alterar por ello la propia esencia y naturaleza del contrato que de por sí ha de ser de duración determinada –o, al menos, determinable– y sin que deba aceptarse que una duración fijada de un año prorrogable indefinidamente a voluntad del arrendatario por años sucesivos, suponga realmente la fijación de una duración en la forma exigida por la ley.

Arrendamientos de duración indefinida, arrendamientos de duración determinable y arrendamientos sin plazo.—La doctrina suele realizar la distinción expuesta.

En los primeros las partes no sólo no han querido fijar verdaderamente la duración del contrato, sino que han previsto una relación locaticia que podría durar para siempre por la sola voluntad del arrendatario. Estos son los que verdaderamente plantean un problema de duración no resuelto directamente por la ley.

La validez de los segundos –de duración determinable– es generalmente admitida por la doctrina en tanto que tal duración quedará fijada en relación con determinados hechos previstos por las propias partes (por ejemplo, la vida del arrendatario, su residencia por razones laborales en determinado lugar, etc.).

La validez de los terceros –arrendamientos sin fijación de plazo– queda salvada por el propio Código civil al establecer (art. 1581) que «si no se hubiere fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario».

Centrándonos en los arrendamientos de duración indefinida, la jurisprudencia de la Sala 1.^a, en referencia a contratos de arrendamiento regidos por el Código civil, fuera por tanto de la especial regulación arrendaticia urbana en el tiempo en que la misma preveía la posibilidad de prórrogas forzosas, se ha manifestado en contra de la duración indefinida (SSTS de 15 de octubre y 17 de noviembre de 1984, 17 de septiembre de 1987 y 27 de junio de 1989, entre otras).

Arrendamientos para uso distinto al de vivienda: efectos del pacto de duración indefinida.—La intemporalidad que supone el hecho de dejar exclusivamente a voluntad del arrendatario, de modo indefinido, el tiempo durante el que habrá de usar la cosa arrendada, conculta la propia naturaleza del contrato. Lo anterior determina que la cláusula que así lo establece no puede desplegar sus íntegros efectos en la forma convenida; tampoco puede aceptarse que ello deba equivaler a una absoluta falta de previsión contractual que pudiera reclamar la directa aplicación de lo establecido en el artículo 1581 CC; ni siquiera debe entenderse que el plazo de duración sería de un año, pues se

dejaría al arrendador la facultad de extinción a la finalización del primer año y posteriores.

La solución que, por vía jurisprudencial, cabe dar al planteamiento de tales situaciones ha de llevar a integrar la cláusula de la forma más adecuada a efectos de que no se produzcan unos u otros efectos indeseables. A este respecto, en relación con arrendamientos sujetos al Código civil, y con base en argumentos que resultan también aquí aplicables, parte de la doctrina se ha inclinado por acudir a la analogía del arrendamiento con la figura del usufructo y, en consecuencia, entender que cuando el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador, sin perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar los efectos del contrato más allá del indicado tiempo, es la de treinta años que la ley establece como límite temporal para el usufructo en el artículo 515 CC. (STS de 9 de septiembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se plantea en relación con el arrendamiento de cuatro locales de negocio mediante contratos celebrados en fecha 1 de diciembre de 1998 —estando ya vigente la nueva LAU de 1994— con inclusión en todos ellos de una cláusula de duración de un año, prorrogable por plazos de igual duración a exclusiva decisión del arrendatario (persona jurídica), sin limitación temporal de dichas prórrogas, que en consecuencia, podrían ser usadas de modo indefinido. La cuestión nuclear del proceso consiste en determinar si tal convenio ha de entenderse vinculante para el arrendador en la forma que aparece redactado.

En primera instancia se estima la demanda interpuesta por el arrendador; la Audiencia Provincial, sin embargo, revoca la decisión del juzgado.

El Tribunal Supremo entiende que el contrato tiene una duración máxima de treinta años. (B. G. F.)

40. Arrendamientos para el uso distinto del de vivienda. Obras necesarias. Reparaciones a cargo del propietario.—El apartado 10.3 de la letra c) de la DT 2.^a de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos señala que el arrendador puede repercutir el importe de las obras de reparación necesarias en el arrendatario para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido, en los términos resultantes del artículo 108 TRLAU de 1964 o de acuerdo con otras reglas alternativas ofrecidas por la propia disposición transitoria. La DT 2.^a hace mención al sistema jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento concertados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 —sin diferenciar entre los anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la ley de 1964—, pero la DT 1.^a de la misma Ley se concreta a los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad al 9 de mayo de 1985. La cuestión controvertida consiste en la determinación de si el artículo 108 TRLAU de 1964, invocado por la DT 2.^a de la Ley vigente, se dirigía sólo a aquellas viviendas cuyo arrendamiento persistiera a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 1964, y no a los posteriores. Por otra parte, el artículo 107 LAU de 1964 preveía que, con carácter general, las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido serían de cargo del arrendador. Esta sede ha sentado que la principal obligación del arrendador, después de poner al arrendatario en

posesión de la cosa, es la de mantenerle en el goce pacífico de la misma, para lo cual deberá realizar cuantas reparaciones sean precisas. La Sala 1.^a del Tribunal se ha pronunciado con relación a que, cuando la cuantía de la renta era especialmente baja, no cabía obligar al arrendador a soportar las obras necesarias, siendo que ello no pasaba de ser una excepción que no justifica el establecimiento de este régimen con mención a los arrendamientos con una renta de mercado, conforme acaecía con muchos de los posteriores a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, o que la tendrían una vez efectuada la actualización de rentas prevista en la DT 2.^a.

La STS de 16 de mayo de 1995 viene a declarar que el sentido del artículo 108 encuentra su contrapartida en el artículo 97, los dos del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debido a que cuando los precios de la renta se han pactado libremente, y con el establecimiento de las oportunas cláusulas de estabilización, el arrendador no precisa repercutir el importe de las obras necesarias al arrendatario para el mantenimiento de la cosa arrendada en el estado de servir al fin destinado; sin embargo, esta necesidad tendrá lugar en aquellos casos en que la renta y sus posibles actualizaciones aparecen intervenidas por la Administración Pública, pues en tales supuestos no debe exigirse al arrendador que mantenga la cosa arrendada con su exclusivo peculio, en estado de servir a su objetivo, cuando no se le permite la percepción por el uso cedido de la misma del importe de su valor en el mercado.

El presente debate jurídico está referido a los gastos necesarios realizados en el inmueble arrendado para mantenerlo en adecuado estado de conservación o, según la expresión contenida en el numero segundo del artículo 1554 CC, «para conservarlo en estado de servir para el uso a que ha sido destinado», sin que se trate de mejoras realizadas en el inmueble. En este sentido, podemos diferenciar cuatro grandes grupos de arrendamientos de viviendas o locales de negocio: 1.^º los concertados con anterioridad a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964; 2.^º los celebrados entre esa fecha y el 9 de mayo de 1985; 3.^º los perfeccionados entre el 9 de mayo de 1985 y la entrada en vigor de la actual ley de arrendamientos urbanos; y 4.^º los posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley.

En definitiva, el artículo 108 TRLAU trata de equilibrar las prestaciones entre las partes, que no es necesario cuando éstas pudieron convenirse de forma libre, con la previsión de un sistema ordenado y equitativo de actualización de las rentas. El equilibrio de prestaciones, que el artículo 108 representa, no es necesario en los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que liberalizaba la determinación de las rentas en su artículo 97, ni tampoco en los contratos celebrados al amparo de normativas posteriores, Real Decreto Ley de 1985 y Ley 29/1994, en las que se mantenía la libertad de las partes para determinar las rentas y sus sistemas de actualización. (**STS de 21 de mayo de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—A fecha de 1 de marzo de 1976, la arrendadora, doña Lina, firma un contrato de arrendamiento de un local de negocio con doña Herminia. Ésta, a su vez, traspasa dicho local el 7 de mayo de 1990 a doña Dolores, que se subroga, como arrendataria,

en los derechos y obligaciones del primitivo contrato. Unos años más tarde doña Lina demanda a doña Dolores, con la reclamación de la cantidad relativa, de una parte, a rentas atrasadas, y de otra, a la repercusión del importe de determinadas obras consideradas necesarias.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, y condenó a doña Dolores al abono de la cantidad en concepto de rentas atrasadas, y rechazó la reclamación por el concepto de repercusión de obras necesarias. La sentencia fue revocada en parte por la Audiencia Provincial de Murcia, que condenó a la demandada también al abono de las cantidades por obras necesarias. A consecuencia de ello, doña Dolores promovió el recurso de casación por interés casacional, siendo el tema de fondo del asunto debatido la determinación de si resulta repercutible a los arrendatarios el importe de las obras necesarias realizadas en el inmueble, a tenor de lo establecido en el apartado 10.3 de la letra c) de la DT 2.^a de la vigente LAU, con relación a aquellos contratos que se hubieran celebrado en una fecha posterior a la entrada en vigor de la LAU de 1964. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, entendiendo que las obras necesarias en los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de la LAU de 1964 serán de cargo del arrendador. (M. L. K.)

41. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Subarriendo para uso distinto de la vivienda. Comunicación del subarriendo al arrendador. Plazos de prescripción.—Prescindiendo del hecho de que la prescripción supone la existencia de una obligación cuyo incumplimiento sana el término previsto en el artículo 1964 CC, la Sala de esta Sala de 29 de enero de 2009, en un caso similar al ahora enjuiciado, ha establecido como doctrina jurisprudencial la siguiente: «el artículo 60 LAU 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación preventiva, para otros casos, en el artículo 58 de esta Ley». Dice lo siguiente: «La DT 3.^a de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, establece el régimen normativo aplicable a los contratos de arrendamiento de local de negocio, celebrados antes del 9 de mayo de 1965, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la Ley, señalando que continuarán rigiéndose por las normas del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma, entre las que se encuentran las relativas a la extinción y subrogación, disponiendo en el núm. 3 del apartado B, que “Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local”».

Esta norma, a diferencia de la Transitoria 2.^a, para las viviendas, en la que no solo introduce un nuevo régimen subrogatorio, sino la forma de hacerlo efectivo, no fija las reglas especiales de procedimiento, ni los efectos que resultan de la falta de notificación en un plazo determinado, tanto por jubilación como por fallecimiento del arrendatario, y ello ha dado lugar a un interesante debate doctrinal sobre las consecuencias que su omisión

conlleva, que va desde quienes consideran que, al no remitirse la DT 3^a.B a ninguna norma específica concreta, esta se produce automáticamente, por lo que no es preciso ejercitárla ni se impone la notificación, hasta quienes entienden que es de aplicación analógica, bien el plazo de 90 días del artículo 58.2 de la Ley de 1964 o el del 16.3 de la Ley de 1994 según el apartado 9 de la DT 2.^a Ley de 1994; bien el de dos meses, al producirse la subrogación bajo la vigencia de la nueva Ley, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de 1994, o el de un mes, según el artículo 32.4; o de quienes consideran que la omisión iría contra el principio de la buena fe del artículo 1256 CC en relación con los artículos 114.11 de la Ley de 1964 y 35 y 27 de la nueva, o defienden la aplicación del régimen común del Código civil en cuanto a la prescripción, en base a la DA 10, al que se remite.

Sin duda esta imprevisión legislativa complica el debate desde el momento en que la normativa anterior se complementa con la nueva mediante la incorporación de la jubilación como causa de extinción o subrogación, que estaba en el artículo 60 del Texto del 64 referido exclusivamente a la muerte del arrendatario, sobre el que ya se había pronunciado con reiteración esta Sala en las SS de 5 de octubre de 1963 y 12 de mayo de 1971, y de forma indirecta en las de 9 de diciembre de 1964 y 5 de noviembre de 1991, en el sentido que el artículo 60 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación prevenida, para otros casos, en el artículo 58 de la Ley, y así resultaba, incluso, del hecho de que al discutirse en las Cortes la Ley de 11 de junio de 1964 no prosperasen varias enmiendas encaminadas a exigir dicha formalidad, como precisa la S de 12 de mayo de 1971.

Es cierto que este conjunto de sentencias está dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero el principio de continuidad de las normas de la Ley de 1964, que no hayan sido modificadas en la de 1994, determina que aquello que no estaba, siga sin estarlo ahora en esta suerte de contratos, al no haber quedado afectados por la DD única, y que con independencia de que la notificación sea necesaria para que el arrendador pueda conocer con quien ha de seguir la relación arrendaticia y valorar su ajuste a la legalidad, permitiéndole el ejercicio de las acciones de todo tipo frente a quienes lo ocultan y le impiden la recuperación del local, nunca serán estas las resolutorias de la relación arrendaticia si el cambio de titularidad del antiguo por el nuevo arrendatario se produce en la forma que la ley permite puesto que ni la Transitoria la impone, ni lo hace la de 1964, ni tampoco ello es posible a partir de una reinterpretación de la doctrina de esta Sala bajo la consideración de que la nueva Ley establece un nuevo estatuto normativo para esta suerte de contratos, incluido el efecto resolutorio, convirtiendo en ilegal lo que no lo era para el mismo hecho y los mismos contratos, puesto que no implica incumplimiento de ninguna de las obligaciones propias del arrendatario, y como tal no tiene encaje en el artículo 11.4 de la LAU de 1964, al no ser tampoco de aplicación las previsiones sobre notificación de las subrogaciones contenidas en el artículo 58.4 para las viviendas, norma que tiene desde luego una razón de vigencia que es completamente diferente de las que regulan los locales de negocio, dado el distinto régimen jurídico y económico que resulta de unos y otros arrendamientos, y que ha impedido y sigue impidiendo para los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, trasladar obligaciones de uno a otro a partir de una interpretación extensiva o analógica de las mismas, cuyo incumplimiento dé lugar a la resolución

del arriendo por una causa que no tiene efectos constitutivos de la transmisión ni tiene cabida en un sistema tasado, como es el de la Ley de 1964, a diferencia de lo que sucede en la de 1994 en la que el incumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato, por cualquiera de las partes, da derecho a quien hubiere cumplido a instar la resolución contractual conforme al artículo 1124 CC (artículo 26). (**STS de 10 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Sejas Quintana.]

HECHOS.—Don Maximiliano y don Eloy interpusieron una demanda contra doña Adelaida suplicando que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de uso distinto de vivienda, que les vinculaba con la demandada, por falta de notificación de la subrogación *mortis causa*, por el fallecimiento de la anterior arrendataria, doña Felicidad.

La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial de Madrid. Interpuesto el recurso de casación por la parte actora, éste ha sido admitido en su vertiente de interés casacional, fundamentándose en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

La cuestión jurídica se centra en la valoración que debe darse a la DT 3.^a de la LAU de 1994, que regula la subrogación en el contrato de local de negocio, en lo que se refiere a la notificación que el arrendatario subrogado debe hacer al arrendador por el fallecimiento de su titular, en relación con los artículos 33 y 16.3 del mismo Texto Legal y 58.4 TRLAU de 1964 —primer motivo—; artículos 3.1 y 4.1 CC —segundo— y 9.3 de la CE —tercero—. Los recurrentes consideran que pueden aplicarse analógicamente los artículos 33 y 16 de la LAU de 1994 o el artículo 58.4 TRLAU de 1964, por razones de seguridad jurídica. La sentencia de la Audiencia no considera procedente la aplicación analógica en cuanto ésta sería en perjuicio de reconocimiento de un derecho y entiende que existe el plazo general de quince años de prescripción del artículo 1964 CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Expuesta de esta manera, la doctrina del Tribunal Supremo está de acuerdo con los artículos 60 y 114 de la LAU de 1964, que continúan vigentes después de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Según la doctrina que interpreta el primero de los preceptos, la subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario de local de uso distinto del de vivienda no exige notificación alguna como requisito legal de subrogación. Ésta tampoco se encuentra entre el *numerus clausus* de las causas de resolución de dicho contrato enumeradas en el mencionado artículo 114. Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, *Aranzadi Civil*, núm. 22/2010, Estudio Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010. (M. L. K.)

42. Contrato de obra y reconocimiento de deuda por los comitentes. Reclamación por la constructora de la deuda reconocida. El deficiente planteamiento del recurso de apelación por el constructor no convierte en incongruente el pronunciamiento de la Audiencia Provincial al condenar a varios demandados absueltos en primera instancia y reducir el importe de los condenados.—La sentencia sería incongruente por incon-

gruencia *extra petita* si se hubiese mantenido la condena de los de la primera instancia y se hubiese condenado a los absueltos en esa instancia a su pago. Pero ello no se ha producido, porque, al margen de que la Audiencia se encontrase limitada por el máximo del *quantum* solicitado, lo que le habría llevado a corregir el pronunciamiento de condena a los absueltos desde los 81.260.178 pesetas a los 27.249.016 pesetas, la sentencia por ella dictada en segunda instancia se pronuncia también sobre los recursos de apelación planteados por algunos de los codemandados condenados inicialmente, en el sentido de reducir la condena de cada uno de ellos conforme al mismo planteamiento por el cual se ha obtenido el pronunciamiento condenatorio de los absueltos, con la afirmación de que «la reducción del importe total de la deuda que suponen los pagos realizados con posterioridad al reconocimiento de deuda y las condenas firmes que ya vienen impuestas en la instancia, lo que ya se explicó en el FD 7.º, debe beneficiar a todos los demás, distribuyéndose entre todos ellos proporcionalmente a su cuota esa disminución, obteniéndose en definitiva las siguientes cantidades debidas (...).».

Por tanto, la Audiencia ha establecido que lo adeudado por los absueltos ahora condenados y los condenados cuyo recurso se estima en parte alcanza al importe que se entiende aún adeudado a la actora, dividido entre todos en proporción a su participación, atendiendo al objeto de la litis y sin que se haya concedido más de lo pedido ni cosa distinta. Al contrario: de la sentencia de apelación resulta una estimación parcial de la demanda, toda vez que se rechaza la calificación de solidaridad de la obligación y se condena a cantidad menor de la solicitada inicialmente. El deficiente planteamiento del recurso de apelación por la parte recurrente no convierte en incongruente el pronunciamiento obtenido por la Audiencia, la cual se ha movido en los estrictos términos del debate y con el límite cuantitativo de la demanda.

La interpretación del contrato corresponde al órgano jurisdiccional de instancia y sólo puede ser combatida en casación cuando sea ilógica, errónea, arbitraria, absurda o contraria a Derecho.—Los recurrentes pretenden imponer su peculiar interpretación frente a la doctrina, también reiterada de esta Sala, de acuerdo con la que la interpretación del contrato corresponde al órgano jurisdiccional de instancia y solo puede ser combatida en casación cuando sea ilógica, errónea, arbitraria o absurda o incluso contraria a derecho, en sentencias cuya reiteración y conocimiento excusen a esta Sala de su cita concreta. Este resultado no se ha producido en este litigio, cuyo fallo únicamente condena al pago a quienes se obligaron a ello en virtud de la relación obligacional expresada en el contrato de obra y en el posterior reconocimiento de deuda.

Regla *in illiquidis non fit mora* y su matización por la reciente jurisprudencia.—En realidad la norma rectora de la obligación de prestar los intereses es la del artículo 1101 CC, que establece que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de las obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniéren el tenor de aquéllas», lo que debe completarse con el artículo 1108 CC, cuando la obligación incumplida consistiese en la entrega de una cantidad de dinero. Pues bien, lo que ha resultado probado en este procedimiento es el incumplimiento, a pesar de todas las alegaciones de las partes recurrentes dirigidas a hacer olvidar que el procedimiento se inicia por el acreedor por incumplimiento del acuerdo de reconocimiento de deuda efectuado con sus deudores. No puede pues aplicarse la regla *in illiquidis non fit mora*, porque la cantidad estaba establecida en el citado documen-

to, donde, además, se efectuó el reparto de acuerdo con los porcentajes de cada uno de los comuneros, por lo que era fácilmente determinable. Teniendo en cuenta que los intereses de demora tienen una función básicamente indemnizatoria de los daños y perjuicios y demostrado, como se ha demostrado en el procedimiento, el incumplimiento de los ahora recurrentes, no existe razón alguna para acceder a las peticiones incluidas en estos motivos. Además, esta Sala ha venido matizando la aplicación de la regla *in illiquidis*, en sus últimas sentencias. Así, la STS de 5 de enero de 2009 dice que «señala con razón el Tribunal de apelación que esta Sala, modificando su doctrina tradicional – contenida en las SSTS de 15 de febrero y 30 de noviembre de 1982 y 21 de junio de 1985, entre otras muchas–, ha dejado de considerar que la liquidez de la deuda sea un presupuesto de la mora del deudor, al admitir la existencia de ésta aunque en la demanda se hubiera reclamado el pago de una deuda de cuantía superior a la finalmente declarada en la sentencia y, por lo tanto, aunque el proceso hubiera servido para liquidar la obligación –SSTS de 8 de noviembre de 2000, 26 de diciembre de 2001, 17 de noviembre de 2004, 9 de noviembre de 2005 y 30 de enero de 2007, entre otras» (ver asimismo SSTS de 25 de marzo, 6 de abril y 20 de mayo de 2009).

Naturaleza del reconocimiento de deuda como contrato de fijación.—Los recurrentes parten de la ficción de la absoluta separación entre el contrato de obra y el reconocimiento de deuda. Ciertamente las relaciones obligatorias entre las partes surgen con el contrato de obra, en cuya virtud el constructor se compromete a realizar la obra y la comunidad y los propietarios se comprometen a pagar lo construido. Así el segundo contrato, al que las partes denominaron «reconocimiento de deuda» debe considerarse como un contrato de fijación, cuya finalidad fue precisar con toda seguridad la situación jurídica creada por el propio contrato de obra, determinando el contenido de la relación jurídica creada, porque, por una parte, se receptionó la obra, y por otra, se determinaron las cantidades que restaban por pagar al final de la ejecución de dicho contrato, así como la forma de su pago. El segundo contrato, pues, contenía un reconocimiento de la deuda final, que no puede calificarse en absoluto de abstracto, porque tiene una causa previa que lo justifica, pero tampoco puede calificarse como novación, porque en definitiva lo único que se efectuó fue la determinación de la cantidad que restaba por pagar a la finalización del contrato. El segundo contrato, por tanto, depende del primero y no puede pretenderse que se interprete de forma independiente.

Las anteriores razones excluyen las denuncias de ser contraria a la buena fe la actitud del contratista y de vulnerar la doctrina de los actos propios, puesto que la demandante recurrida sólo ha pedido el cumplimiento del contrato en su conjunto, es decir, el formado por el inicial contrato de obra y el complementario de reconocimiento de deuda, lo que tenía pleno derecho a efectuar, al haberse producido un incumplimiento, tal como ha apreciado correctamente la sentencia recurrida.

Naturaleza mancomunada de las deudas de los demandados.—En el caso concreto es correcta la calificación de la obligación como mancomunada que ha efectuado la sentencia recurrida, examinando los distintos elementos que concurren dado que no se pactó la solidaridad; que cada comunero promovía la construcción de su vivienda, siendo propietario de una concreta, y aunque hubo una sola obligación, la del pago de la obra, no fue solidaria, sino dividida en tantas partes como comuneros existían, aunque de acuerdo con el artículo 1138 CC, la división conduzca finalmente a que se reputa que

existen deudas distintas unas de las otras (SSTS de 19 de septiembre de 1997 y 1 de julio de 2002). (**STS de 8 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—A consecuencia de un contrato de obra de construcción de un complejo urbanístico y de la urbanización correspondiente celebrado entre una constructora y una comunidad de bienes, terminadas las obras se celebró entre las partes un contrato de reconocimiento de deuda por importe de 128.707.869 pesetas. La constructora demandó posteriormente a los propietarios que tenían pendientes de pago cantidades relacionadas con la ejecución de la obra y la comunidad de propietarios, incluyendo a los que habían transmitido sus participaciones sobre la vivienda a construir y los que las habían adquirido, incluso después de finalizada la obra, solicitando que se declarase que estaban obligados solidariamente al pago. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a algunos demandados a pagar cantidades diversas y absolviendo a otros. Presentados recursos de apelación por el demandante y diversos demandados, la Audiencia Provincial los estimó parcialmente, condenando a algunos demandados que fueron absueltos en la primera instancia. Presentados los recursos de casación por la demandante y diversos demandados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

43. Ruina a efectos del artículo 1591 CC. Distribución de la carga de la prueba.—Es sabido (por todas, STS de 26 de marzo de 2007) que la existencia de ruina, a los efectos de la norma citada, precisa de una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo, y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional.

A la hora de abordar la cuestión de a quién corresponde el esfuerzo probatorio conducente a la acreditación del defecto constructivo, por estar todo ello comprendido en el juicio fáctico que ha de efectuar el tribunal, recuerda la S de 22 de julio de 2004 (recurso 2505/1998), con cita de las de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 27 de junio de 1994 y 15 de marzo de 2001, que la objetivación de la responsabilidad en el ámbito del artículo 1591 CC mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación supone que, «una vez probados los defectos por el demandante, incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos (SSTS de 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, 25 de junio de 1999 y 5 de noviembre de 2001)».

En esta misma línea, la más reciente S de 28 de abril de 2008 (recurso 1316/2001), con cita de las de 29 de noviembre de 1993 y 31 de mayo de 2000, afirma que es doctrina constante en el ámbito de la responsabilidad decenal la que proclama que, acreditado que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, el cual siempre responderá del daño, salvo que concurran las circunstancias

enervantes de la acción, de tal forma que «la falta de prueba sobre el origen del daño, no recae sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal», sino sobre los demandados.

Lucro cesante. Requisitos para su reconocimiento.—Es preciso que se concrete el valor de la pérdida y su vinculación con el incumplimiento. No procede su estimación cuando se solicita de manera abstracta. (**STS de 16 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad demandante y recurrente en casación ejercitó la acción decenal prevista en el artículo 1591 CC, fundada en este caso en los vicios y defectos aparecidos en la vía de acceso a la Estación de Servicio cuya concesión ostentaba. La demanda fue formulada contra la empresa constructora y contra el proyectista y director de la obra, interesando: a) su condena al pago de la cantidad líquida que tuvo que invertir la actora en el parcheo y reasfaltado de la vía afectada, para mantenerla en servicio y continuar con su actividad negocial; b) su condena a realizar a su costa las obras necesarias para dotar a la mencionada vía de las condiciones de seguridad, comodidad, persistencia y solidez exigibles, levantando el firme existente para sustituirlo por otro que, por estar asentado sobre materiales adecuados, permitieran su compactación y con ello las cualidades antes expresadas, y, finalmente, c) la condena a abonar a la actora el lucro cesante o ganancia dejada de percibir durante el tiempo de duración de las obras en que, a consecuencia de éstas, tuviera que cesar forzosamente su actividad negocial. Todo ello más costas y gastos del pleito.

La sentencia en primera instancia estimó parcialmente las pretensiones dirigidas contra la entidad contratista, a la que condenó a reintegrar, con intereses, el coste de las obras de parcheo y reasfaltado afrontadas por la actora y absolucionaria respecto de las ventiladas contra el codemandado. En síntesis, el juzgado justifica el acogimiento, aunque parcial, de la demanda frente a la contratista, señalando que, de los dos conceptos por los que se reclamaba, sólo la pretensión de reintegro de las cantidades pagadas para realizar obras de parcheo y reasfaltado dirigidas a garantizar el mantenimiento de la actividad negocial estaba fundada, careciendo de respaldo probatorio en cambio la pretensión basada en la existencia de defectos en el firme, vinculados a la inidoneidad de los materiales empleados.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, acogiendo en parte el deducido por la demandada condenada, lo que llevó a la Audiencia a revocar la resolución apelada en el único extremo de rebajar la condena impuesta y a confirmar el resto de pronunciamientos.

El Tribunal Supremo considera desacertada la decisión de la Audiencia, habida cuenta de que la parte demandante sí cumplió con su deber de acreditar lo que le incumbía, que no era otra cosa que la existencia de ruina dentro del plazo de garantía y su vinculación con el proceso constructivo, no siendo por el contrario de su

incumbencia acreditar ni el origen de la misma, ni identificar el comportamiento culposo del agente derivado de la infracción de un concreto deber o función propia, causalmente determinante de aquella. (B. G. F.)

44. Responsabilidad de los agentes del proceso de edificación.

Carga de la prueba.—En la acción de regreso que el promotor ejercita frente a la constructora y el arquitecto como responsable declarado de los incumplimientos que trajeron por consecuencia su condena en un pleito anterior, son de aplicación las reglas establecidas en el artículo 217 LEC, y no las que ahora resultan del artículo 17.8 LOE, y antes del artículo 1591, en la interpretación que del mismo venía haciendo la jurisprudencia de esta Sala, en garantía de la parte más desfavorecida, como es la víctima del daño, a cuyo cargo se pone la obligación de acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha aparecido antes del transcurso del periodo de garantía, para trasladar a los agentes la prueba de que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Quien acciona en caso de la acción de repetición planteada entre los intervenientes en el proceso de edificación lo hace frente a quienes no fueron parte del procedimiento en el ejercicio de una acción fundada en el artículo 1591 CC, que fija la responsabilidad solidaria por sentencia a favor de los perjudicados. No se trata, por tanto, de que se individualice lo que fue considerado solidario en el primer procedimiento. Se trata de conseguir el reintegro de lo que pagó, lo que impone a quien acciona, conforme a las reglas impuestas en el artículo 217 LEC, acreditar fehacientemente la responsabilidad de quienes proyectaron, dirigieron o llevaron a cabo la ejecución material de la obra sin que sea suficiente el hecho de que se haya producido una condena de la promotora por defectos de la construcción, para repercutirla automáticamente sobre los demás agentes contratados por ella, y esto no se hizo. No estamos ante un problema de valoración de la prueba, sino ante una absoluta falta de prueba sobre las deficiencias y vicios que puedan ser imputados a cada uno de estos agentes —arquitecto, constructora—, como ya se hizo patente en la demanda, y ello supone infringir el artículo 217 LEC puesto que se hace recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho que correspondía acreditar a la otra, con evidente vulneración, además, del principio de igualdad de armas, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso con todas las garantías y que «es el corolario de los principios de contradicción y bilateralidad (STC de 11 de marzo de 2008, y las que se citan en ella), pues se hace mediante el traslado de los efectos de la cosa juzgada material de otro procedimiento en el que no intervinieron los ahora recurrentes, que también son ajenos a las relaciones mantenidas entre la promotora y los adquirentes de las viviendas que son los que han reclamado en el mismo. (STS de 22 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La promotora U. demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad decenal contra el arquitecto, don Benjamín, y la entidad constructora C. A.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, ésta es revocada por la Audiencia Provincial de Cádiz con el argumento de que la entidad actora, como promotora de unas viviendas, es responsable por los daños causados y debe responder del abono de los mismos en virtud de condena firme dictada en un procedimiento anterior, y como tal repite contra los demandados por la cantidad total a la que ha sido condenada, estimando en parte su reclamación al obligar a los demandados a abonar al actor una tercera parte respectivamente de la cantidad a la que ha sido condenado, siendo la última tercera parte de su cargo. Recurrida la sentencia por el arquitecto y la constructora, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y al extraordinario por infracción procesal entendiendo que según las reglas del artículo 217 LEC corresponde a la promotora acreditar la responsabilidad de los demás intervenientes en la edificación, sin que el hecho de que esta fue condenada por defectos de la construcción fuera suficiente para repercutir automáticamente sobre los demás agentes contratados.

NOTA.—La sentencia es deudora de la antigua doctrina del Tribunal Supremo, desarrollada en interpretación del artículo 1591 CC en cuya virtud «el principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en esta responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquellas ha participado en la causación del mismo», por lo que «no puede cargarse a la víctima de la ruina, en el sentido expuesto, con la prueba de cuál ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinosa. A no ser que sea posible la responsabilidad individual de cada uno, todos ellos responden solidariamente» (STS de 15 de diciembre de 2000, entre otras). Todo ello, sin perjuicio del posterior juicio que los declarados responsables tienen en sus manos para dilucidar entre ellos quién lo es y quién no. (Véase por todas, STS de 30 de septiembre de 1991). Con la entrada en vigor de la LOE de 1999, dicha doctrina fue recogida en los artículos 17.3 (responsabilidad solidaria de los agentes en caso de imposibilidad de individualizar la causa de los daños materiales o de precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido una vez probada la concurrencia de culpas), y 18 (acción de regreso). Así las cosas, un sector de la doctrina procesal señaló que desde la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, el precepto del artículo 17.3 LOE es incompatible con la regla del artículo 217 LEC, manteniendo, en consecuencia, que aquél ha sido derogado. De acuerdo con el mismo sector, el régimen de la solidaridad, aplicado al mundo de la responsabilidad por daños, se basa en la comodidad y constituye el resultado legislativo o jurisprudencial de una deficiente técnica procesal, existente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Para éstas y más conclusiones, véase Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidad en la edificación. Aspectos procesales: La interpretación del artículo 17.3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC.», en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo

Blanch, Valencia, 2007, pp. 109-135). Visto el problema desde la perspectiva del Derecho civil, y prescindiendo del tipo de responsabilidad de que se trata, una eventual alternativa a la responsabilidad solidaria en casos de la responsabilidad con causas alternativas o con causalidad parcial incierta ofrecen, respectivamente, los artículos 3:103(1) y 3:105 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* del EGTL, Thompson Aranzadi, Cizur Menor, 2008 (trad. española por Miquel MARTÍN-CASALS [dir.]).
(M. L. K.)

45. Arrendamiento de servicios. Desistimiento.—El motivo primero del recurso de casación acusa la infracción del artículo 1128 CC sobre duración de las obligaciones contractuales sin plazo, en relación con el artículo 1256 en cuanto a las condiciones de resolubilidad de los contratos de duración indefinida, que han de incluir la ponderación del preaviso y la indemnización compensatoria del quebranto que se origine, conforme a la doctrina jurisprudencial contenida en las SS de 17 de septiembre de 1983, 14 de febrero de 1984, 4 de noviembre de 1988, 20 de octubre de 1989, 17 de febrero de 1996 o 15 de noviembre de 1999. El motivo se desestima. La sentencia recurrida, en su FD 5.º, ha argumentado que «queda sentado que estamos ante un arrendamiento de servicios con algunas peculiaridades derivadas de que el uso de las dependencias e instalaciones de la clínica lo realizó el doctor J.D. también en su beneficio, para la atención de sus propios pacientes, razón por la que abonaba un canon o cuota mensual. En el caso que nos ocupa son circunstancias relevantes que definen la relación de servicios entre CNSL, S.A. y el doctor J.D. su origen en un compromiso verbal y que no existe pacto relativo a la duración del contrato ni a la indemnización para el caso de resolución que puedan decidir unilateralmente el arrendador o el arrendatario. Aunque el actor defiende que la duración del arrendamiento es indefinida, lo cierto es que nada se ha probado sobre ello y, en cualquier caso, la duración indefinida propuesta, como equivalente a duración ilimitada, no resulta acorde con la consustancial temporalidad del arrendamiento, declarando en este sentido el artículo 1583 CC que el arrendamiento hecho por vida es nulo. En supuestos como el que aquí nos ocupa la jurisprudencia (SSTS de 14 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1997) ha indicado con relación al contrato de arrendamiento de servicios que la «falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato». A partir de esta doctrina jurisprudencial es indudable que CNSL, S.A. estaba facultada en virtud del tipo de relación que unía a las partes para resolver unilateralmente el contrato, sin que por ello exista incumplimiento contractual por su parte, no siendo así de aplicación el artículo 1124 CC.

Consecuencias.—Cuestión distinta son las consecuencias derivadas de esa resolución unilateral. En este sentido la S de 12 de mayo de 1997 establece que sólo existen «consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva, que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser compensado para que no pueda existir calificación de enriquecimiento injusto». Partiendo de estos supuestos que pueden justificar el resarcimiento del arrendatario afectado por la resolución del con-

trato vemos que los tres motivos por los que el actor pretende obtener indemnización (traslado de actividad profesional, descenso de ingresos por reducción del número de pacientes o daños morales) deben quedar excluidos, al igual que lo están en supuestos en los que el arrendamiento de servicios tiene una vigencia pactada o incluso en el ámbito laboral en el que, pese a su predominante sentido tuitivo, existe indemnización limitada legalmente por el despido. Tampoco apreciamos que la clínica arrendadora haya actuado de forma abusiva o que haya enriquecimiento injustamente por la resolución del arrendamiento, sin que exista prueba alguna que demuestre que haya obtenido algún beneficio. Además, sabido es que otros médicos, incluso especialistas en traumatología, prestan sus servicios en igual o parecido régimen, como sabidas son también las desavenencias de las partes previas a la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, contrato en el que, como destaca el Tribunal Supremo en la última resolución citada, predomina el principio *intuitu personae*, y, por ello, la relación de confianza entre las partes. Es precisamente la ruptura o cese de esa confianza que debía presidir la relación lo que determinó que la clínica decidiese poner fin a la relación, comunicándolo así al arrendatario con la antelación suficiente de un mes». Esta Sala acepta los razonamientos de la sentencia de instancia. (**STS de 5 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—J.D. prestó servicios profesionales como médico especialista desde unas dependencias de la clínica CNSL, S.A., por un periodo aproximado diez años. Al parecer J.D. recibía pacientes del centro, atendía el servicio de urgencias y abonaba los gastos derivados del uso de las dependencias en beneficio propio.

Tras el desistimiento del contrato de arrendamiento de servicios instado por la clínica, J.D. interpuso demanda contra la clínica y RV, S.A., empresa propietaria del edificio donde se ubicaba la clínica, por la que reclamó indemnización del daño causado por el traslado de su actividad profesional, una pérdida de clientela y el daño moral sufrido.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid desestimó la demanda íntegramente, mediante S de 21 de julio de 1999. Interpuesto recurso de apelación, la S de 28 de octubre de 2002 de la Sección 20.^a-Bis de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó y absolvio a las demandadas del deber de indemnizar el daño. J.D. recurrió en casación y el Tribunal Supremo, tras calificar la relación contractual como arrendamiento de servicios, declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

46. Contrato de préstamo usurario.—Tiene la condición de usurario el préstamo cuando la cantidad efectivamente entregada es menor que la documentada al formalizar el préstamo, máxime cuando se va incrementando de modo ficticio en posteriores documentos de renovación, por aplicación del artículo 1 de la Ley sobre represión de la usura de 23 de julio de 1908, que especifica que es usurario «el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias».

Nulidad del préstamo usurario: efectos.—El contrato de préstamo usurario es absolutamente nulo y no produce efectos como tal. La Ley establece una

sanción civil específica para este caso de nulidad. Consiste ésta en que el prestatario deberá devolver al prestamista la misma cantidad recibida, sin pago de intereses. No es de aplicación por tanto lo previsto en el artículo 1303 CC, norma general en materia de nulidad que puede encontrar excepciones (art. 6.3 CC) como ocurre en este caso.

Ausencia de enriquecimiento injusto.—Existe enriquecimiento, pero no es injusto, cuando se aplica la sanción civil prevista en el artículo 3 de la Ley Azcárate. Existe enriquecimiento porque el patrimonio del deudor no experimenta la disminución patrimonial que en otro caso le habría supuesto tener que reembolsar la cantidad recibida con los intereses, pero no puede calificarse de «injusto» porque está amparado por una norma jurídica «sancionadora de una actuación tan reprobable moral y jurídicamente como es la que integra un préstamo usurario». (STS de 14 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Se concedió un préstamo por determinada cantidad, inferior a la documentada formalmente. En los posteriores documentos de renovación del préstamo fue incrementándose de modo ficticio el importe de la cantidad. Ante el impago de parte de la cantidad, la prestamista interpuso demanda solicitando se declare la obligación de la parte demandada de pagar la cantidad restante más los intereses (no se reclama conforme a la cantidad documentada sino conforme a la efectivamente entregada). En la contestación a la demanda se alegó por parte de los demandados el carácter usurario del contrato de préstamo y se solicitó la declaración de nulidad de la obligación de pago de los intereses demandados. En ambas instancias se consideró nulo el contrato de préstamo por ser usurario y se declaró la obligación de la parte demandada de restituir a la demandante la cantidad aún no restituida, sin pago de intereses salvo los devengados desde la fecha de la resolución. En casación se desestimó el recurso interpuesto. (C. J. D.)

47. Mediación.—Entrando en el examen del motivo, debe señalarse que, como se expresa en la S de esta Sala de 30 de marzo de 2007, el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993). Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil (STS de 6 de octubre de 1990, entre otras muchas).

En el supuesto de autos, la pretendida por la recurrente aproximación del contrato de que se trata al de arrendamiento de servicios no fue alegada en la demanda, por lo que debe calificarse de cuestión novedosa y, por tanto, no planteable en casación. Pero, además, tampoco puede compartirse la afirmación de la parte recurrente de que la tarea de promoción encargada a la demandante tuviera el carácter de insustituible, desde el momento en que la demandada pasó a encargarse directamente de la venta del resto de viviendas

de la primera fase y de la promoción de la venta de las viviendas de la segunda fase constructiva, sin que se haya apreciado que ello le supusiera una especial dificultad.

Régimen jurídico.—No sólo cabe aplicar analógicamente, en lo que sean de aplicación, los preceptos relativos al mandato, aunque, desde luego, la mediación y el mandato son contratos diferentes, sin perjuicio de que éste pueda añadirse a aquél, sino también, y ello se ajusta mejor al supuesto de autos, los atinentes a la comisión mercantil, cuyos preceptos bien pueden ser aplicados al caso de la gestión de la venta de pisos (así en S de esta Sala de 13 de noviembre de 2008). En la comisión, aun cuando se haya fijado un plazo de duración, cabe la revocación unilateral del contrato, siempre que ésta obedezca a justa causa (SS de 4 de abril de 1998 y 15 de noviembre de 2000, que cita la de 21 de noviembre de 1963). En S de 13 de noviembre de 2008 se expone que esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza, y se convierte en regla cuando la relación negocial no tiene plazo definido de duración.

Revocación del encargo.—En tales casos, la resolución unilateral por el comitente no confiere al comisionista más derechos que los que reserva a su favor el artículo 279 CCO. Debe tenerse presente que, como se explica en la S de 6 de noviembre de 2006, no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica. Sólo en los casos en que la resolución unilateral del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado, se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, cabe admitir la procedencia del derecho a la indemnización; pero en tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 CCO y en el artículo 1258 CC (en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual), bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 y 2 CC.

En el caso que nos ocupa, el contrato de mediación o corretaje concertado entre las partes es de duración indeterminada, como afirma la Audiencia, aunque en el inicio de las dos fases de construcción se pactase, respectivamente, un plazo de exclusividad, que fue ampliamente rebasado en cuanto a la primera fase por la entidad actora, que no consiguió vender todas las viviendas objeto de la misma, de modo que tuvo que venderlas directamente la entidad demandada, que de tal modo perdió la confianza en que la actora pudiera realizar una eficaz promoción de venta de las viviendas de la segunda fase. Así las cosas, y no habiéndose apreciado en la instancia que exista una resolución unilateral e injustificada del contrato, ni que el desistimiento de la demandada fuera malicioso o abusivo, no puede tacharse de improcedente el desistimiento unilateral del contrato por la entidad demandada. (STS de 25 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Con fecha 25 de agosto de 2000, la promotora PAC, S.L., encargó a MI, S.L., la realización de las gestiones oportu-

tunas para la venta de un grupo de viviendas a cambio de una retracción.

Tras el desistimiento del contrato de mediación por parte de la oferente, la mediadora MI, S.L., interpuso demanda con la que solicitó que se condenara a la promotora a indemnizar los daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Sevilla estimó parcialmente la demanda, mediante sentencia de 1 de abril de 2004, y condenó a PAC, S.L., al pago de una parte de la cantidad reclamada. La S de 28 de octubre de 2004 de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación interpuesto por la promotora y desestimó el recurso de la mediadora, absolviendo a la demandada. A continuación MI, S.L., recurre en casación, entre otros motivos, por considerar que había llevado a cabo la labor en el marco de un arrendamiento de servicios. El Alto Tribunal no acepta el razonamiento y declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

48. Fianza. El artículo 1825 CC comprende las deudas realmente futuras, es decir, las que aún no vinculan al deudor principal.—Así la S de 30 de octubre de 2006 (Rec. 731/2000) afirma que «la expresión en garantía de deudas futuras contenida en el artículo 1825 CC ha sido interpretada por la jurisprudencia más reciente en el sentido de comprender aquellas deudas realmente futuras, es decir, las que aún no vinculan al deudor principal. La vinculación del deudor principal actúa como condición suspensiva, de manera que cuando llegue a estarlo, adquirirá su vigencia la fianza. La jurisprudencia ha exigido, además y de acuerdo con el propio artículo 1825 CC, que la obligación futura «quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado» (S de 13 de octubre de 2005, con cita de las de 27 de septiembre de 1993 y 23 de febrero de 2000)».

Es cierto que en otras sentencias, como las citadas por la parte recurrente, se exige para la validez de la fianza sobre deudas futuras no sólo que se trate de obligaciones determinables sino además que se establezca el importe máximo a que alcanza, lo que resulta lógico a fin de evitar que el objeto del contrato quede abierto e incondicionado respecto de cualquier cantidad por la que el afianzado pudiera obligarse en el futuro dejando en realidad indeterminada la obligación del fiador.

Sin embargo, tal indeterminación no existe en el caso enjuiciado por la razón elemental de que los suministros cuyo precio queda garantizado por la fianza —de carácter general— establecida son precisamente aquellos efectuados por la parte actora Forjados Reticulares Ligeros, S.A., a Construcciones y Reformas Alcaba, S.L., con destino a las obras que la fiadora, Urbanización y Viviendas de Cáceres, S.A., encargara a ésta; respecto de los cuales, como ya se dijo, incluso cabría la acción directa en los términos establecidos en el artículo 1597 CC sin necesidad de que la fianza se hubiera establecido, por lo que no cabe entender la existencia de indeterminación ni de un carácter ilimitado respecto de su importe que contraviniere la exigencia jurisprudencial establecida en interpretación del artículo 1825 CC que, por otro lado, resulta perfectamente compatible con el 1824, que exige para la existencia de la fianza la presencia de una obligación válida —a la que se extiende la garan-

tía– que en el caso de las obligaciones futuras operará a modo de condición pues la obligación nacida con posterioridad habrá de ser válida para que quede garantizada.

En tal sentido no puede entenderse vulnerada la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala a que se refiere la parte recurrente (SS de 23 de febrero de 2000 y 18 de marzo de 2002) que efectivamente se refieren a la necesidad de que la fianza constituida sobre obligaciones futuras fije un importe máximo para la garantía, ya que en el caso la propia fiadora, dada la especial naturaleza de la garantía constituida, estaba en condiciones de controlar el máximo de la obligación a contraer al referirse precisamente a los suministros que la actora efectuara en el futuro a Construcciones y Reformas Alcaba, S.L., para las obras cuya ejecución encargara a ésta la propia entidad fiadora. En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

El fiador también puede incurrir en mora en el cumplimiento de su propia obligación, devengándose los intereses correspondientes.—Aun cuando la fianza se interprete de modo restrictivo y se entienda que la obligación de dicha fiadora se extendía exclusivamente al pago del importe de las «facturas» (art. 1827 CC), no puede obviarse el hecho de que la obligación de pago del fiador frente al acreedor nace desde el momento del impago del deudor (art. 1822 CC) y el propio fiador puede incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación desde que resulta requerido, en este caso mediante acto de conciliación (arts. 1100 y 1101 CC), por lo que los «intereses» a cuyo pago resulta condenada la recurrente no son los debidos por la deudora sino los imputables a su propio incumplimiento. (STS de 26 de junio de 2009; no ha lugar al recurso.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En este caso se relacionan jurídicamente tres empresas, promotora, constructora y proveedora de forjados respectivamente. La primera de ellas (ÚRVICASA, S.A.) se constituyó en fiadora de las obligaciones contraídas por la constructora (ALCABA, S.L.) con la empresa proveedora de los materiales que habrían de utilizarse en las obras en que la fiadora actuaba como promotora y comitente. De suerte que promotora y constructora estaban ligadas por un contrato de obra, en tanto que constructora y proveedora de materiales estaban ligadas por un contrato de suministro o compraventa de materiales, afianzado a su vez por la promotora. Ante el impago de las deudas pendientes por parte de la constructora, la acreedora hace valer la fianza e interpone la acción correspondiente tanto contra la empresa deudora, como contra la fiadora, que es condenada en ambas instancias, ante la rebeldía de la deudora principal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

49. Contrato de fianza establecido para avalar el cumplimiento de las obligaciones de un constructor en un contrato de obra. No se extingue por haber finalizado el plazo de ejecución de la obra.—El motivo no puede prosperar pues, en primer lugar, la prórroga concedida a la contratista avalada estaba prevista en el contrato, aunque lo fuera para casos de fuerza mayor, los avales concedidos por Banco Pastor no se establecieron en consideración a una fecha determinada sino «hasta la firma del acta de recepción

definitiva» en relación con cada una de las obras a ejecutar y, además, la prórroga ni siquiera llegó a tener efecto pues se plasmó mediante documento de fecha 18 de febrero de 1997 y el día 28 del mismo mes la entidad contratista abandonó las obras y presentó solicitud de declaración en estado de suspensión de pagos. Pero, incluso en el caso de que ello no hubiera sucedido así, fue el propio Banco Pastor quien con su actuación consintió de hecho la prórroga del plazo de ejecución por cuanto tres de los cuatro avales concedidos lo fueron con posterioridad a la finalización del plazo de ejecución pactado, ya que éste concluía el 1 de junio de 1996 y se constituyeron avales en fecha 14 de junio de 1996 (por importe de 15.000.000 de pesetas) y 13 de diciembre de 1996 (por importe de 8.000.000 y 10.000.000 de pesetas).

La prórroga y la revisión de precios acordadas entre el comitente y el constructor es una novación modificativa, no extintiva.—Sostiene la parte recurrente que en el caso se produjo una novación extintiva de la obligación primitiva sustituyéndola por otra incompatible con la anterior, mientras que la Audiencia la ha calificado como meramente modificativa. En primer lugar, tal razonamiento de la Audiencia no constituye *ratio decidendi* de la sentencia y, en consecuencia, incluso su estimación no conllevaría la estimación del recurso (SS de esta Sala de 23 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006; 9 de abril, 17 y 18 de septiembre de 2007) pero además no cabe afirmar que se tratara de una novación extintiva cuando subsistía el mismo objeto contractual —como era la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, aun cuando se modificara el plazo de ejecución, así como el precio de la correspondiente a viviendas, responsabilidades y garantías, según entiende la parte recurrente— y mucho menos que lo pactado en el documento novatorio de 18 de febrero de 1997 alcanzara efecto alguno cuando pocos días después la entidad contratista abandonó las obras y solicitó ser declarada en estado de suspensión de pagos.

Al respecto cabe citar la S de esta Sala de 3 noviembre 2004, la cual afirma que la novación ha de ser considerada como meramente modificativa cuando no se afecta la esencia de lo convenido (S de 17 de septiembre de 2001) y que, en la duda, la novación debe ser considerada como modificativa (S de 27 de noviembre de 1990), además de que, en principio, siempre debe prevalecer el criterio apreciativo sobre la novación efectuada en la instancia (SS de 1 de junio de 1999, 27 de septiembre de 2002 y 29 de diciembre de 2003). (**STS de 1 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Celebrado un contrato de obra entre una sociedad cooperativa de viviendas y una constructora, se pactó que la segunda habría de aportar avales sucesivos según fuera percibiendo el precio pactado mediante certificaciones de obra. La entidad de crédito BP prestó al efecto cuatro avales. Incumplido el plazo de ejecución de las obras por la constructora, las partes concertaron un nuevo acuerdo estableciendo una prórroga del plazo de ejecución y una revisión de precios, pero pocos días después, la constructora instó su declaración en suspensión de pagos y abandonó las obras. La sociedad cooperativa demandó a la entidad de crédito en reclamación del importe de los avales prestados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo admitió, estimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. F. R. S.*)

50. Fianza. Extinción por prórroga concedida al deudor.—El tercer motivo del recurso de casación presentado por estos recurrentes, único admitido, con base en el artículo 477.1 LEC, se presenta por infringir la sentencia recurrida el artículo 1851 CC, su doctrina y la jurisprudencia. Se refiere a los contratos, a los que se había aplicado la excepción de cosa juzgada; con respecto a todos ellos señala que la Sala ha olvidado que los acuerdos extrajudiciales entre BBVA y la deudora TURHASA, realizados sin conocimiento ni intervención de los fiadores, les perjudicaron, pues no solo se modificaron los plazos, sino que se permitió a la deudora desbloquear la cuenta que tenía en el hoy BBVA para terminar las obras, con lo que se agravó la deuda. El Banco no aplicó determinadas cláusulas de las escrituras de préstamo, con lo que fueron entregadas cantidades indisponibles, lo que hizo la deuda más onerosa. El motivo se desestima. El artículo 1851 CC es una norma que, apartándose de sus precedentes, declara la extinción de la fianza y el siguiente derecho del fiador a pedirla cuando se haya concedido una prórroga al deudor «sin el consentimiento del fiador». La interpretación del artículo se ha centrado, por consiguiente, en determinar el sentido que haya que darle a la expresión «sin el consentimiento del fiador». Este consentimiento puede ser expreso (SSTS de 20 de diciembre de 2002, 20 de septiembre de 2001), de forma que si el fiador consintió la prórroga en el momento de constituir la fianza (consentimiento genérico, mediante la renuncia a la excepción de liberación), o bien en un momento posterior, cuando la prórroga tiene lugar, no va a producirse el efecto liberatorio previsto en el artículo 1851 CC. Pero también se excluye cuando por hechos concluyentes del propio fiador (consentimiento tácito), pueda llegarse a la conclusión de que la prórroga se ha consentido.

Un problema discutido por la doctrina lo constituye el caso en que fiador y deudor componen un centro de imputación único o bien cuando el fiador crea la fianza porque está interesado en la buena marcha de la propia deuda, como ocurre en el presente recurso, en que los fiadores eran socios de la deudora y, algunos de ellos eran, además, sus administradores sociales. En estos casos se ha venido considerando vigente la fianza, como puede comprobarse en las SS de 23 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1984 y sobre todo, 30 de diciembre de 1997, aunque con argumentos distintos, todos ellos consecuentes con el caso resuelto en cada sentencia. En el caso actual debe rechazarse el único motivo admitido del presente recurso de casación y ello en base a los siguientes argumentos: 1.º algunos de los fiadores que lo eran con la condición de solidarios, eran además los administradores de la sociedad afianzada; en cualquier caso, todos ellos eran socios de dicha sociedad, de modo que se cumple la regla anteriormente expuesta, al haberse prestado la fianza, en realidad, no sólo en beneficio de la propia sociedad, sino en interés de los propios fiadores; 2.º aunque en las constituciones de hipoteca en garantía de los créditos A y B no se pactó la renuncia a la excepción de prórroga, en el crédito C los fiadores habían admitido la posibilidad de modificación, consintiendo de forma genérica a las moratorias y facilidades de pago en la cláusula que se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia; y 3.º en su calidad de socios administradores, intervinieron en los documentos iniciales de la suspensión de pagos, hasta que fueron sustituidos por otros administradores dentro del procedimiento. Por ello no pueden ahora pretender que se les trate como fiadores, aisladamente de sus cualidades de socios y de administradores sociales, puesto que participaron en dichos procedimientos. Además, debe recordarse que la fianza se constituye como garantía del

deudor y que en el caso del incumplimiento de la obligación, el fiador debe responder en la forma en que ha acordado con el acreedor, en este caso, solidariamente y sin beneficio de excusión o de división (ver las SSTS de 27 de febrero de 2004 y 22 de julio de 2002) y el resumen de la doctrina de esta Sala contenida en su FJ 4.º), argumento que refuerza la conclusión a que se ha llegado. (**STS de 21 de mayo de 2009**; no ha lugar al recurso de E, JL, A, MR y C; ha lugar el recurso de BBVA.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Con el fin de obtener financiación para la construcción de un hotel en Sevilla, TURHASA suscribió cuatro préstamos, tres con garantía hipotecaria, con BHE y BCI, hoy BBVA. Algunos socios de TURHASA, la mayoría de ellos administradores, otorgaron fianza solidaria en garantía del cumplimiento de las obligaciones de la empresa como prestataria. Unos seis meses después el consejo de administración acordó solicitar la suspensión de pagos de la empresa. En el marco de ese procedimiento, TURHASA acordó una prórroga con los acreedores sin intervención de los fiadores como tales.

Frente a la reclamación de los acreedores hipotecarios y no hipotecarios llevada a cabo independientemente del procedimiento de suspensión de pagos, los fiadores interpusieron demanda por la que reclamaron, entre otros pedimentos, que el Juzgado declaró extinguidas las fianzas prestadas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid estimó en parte la demanda, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2001. La sentencia de 12 de diciembre de 2003 de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso de apelación presentado por BBVA, por considerar que existía excepción de cosa juzgada con respecto a algunos créditos, uno afectado por un procedimiento hipotecario y otros dos reclamados en un juicio ejecutivo. Según la Audiencia Provincial, los demandantes habían podido oponer en esos procedimientos las excepciones que más tarde pretendían hacer valer en un procedimiento ordinario. En cambio, la Audiencia Provincial considera aplicable el artículo 1851 CC al cuarto crédito. Ambas partes interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de los fiadores y haber lugar al recurso de BBVA. (J. M. B. S.)

51. Enriquecimiento injusto. *Condictio por inversión*.—Una *condictio por inversión*, en su variante de *condictio por expensas*, es una figura de perfiles borrosos que ha sido definida en la doctrina como la acción que se dirige a recuperar, de quien se ha beneficiado sin causa que lo justifique, el valor de los gastos o del trabajo incorporado a una cosa ajena. Esta figura, construida por la doctrina alemana (parágrafos 812, 946 y 951 BGB o Código Civil alemán), según ha señalado un autorizado sector doctrinal entre nosotros, ni siquiera en dicho sistema goza de gran extensión, pues allí se excluye cuando existe una relación contractual entre el propietario de la cosa y el autor de las expensas, caso en el que se han de aplicar las reglas que rigen esa relación, y cuando el poseedor ha realizado gastos y se trataba de una relación en la que el poseedor reconoce el dominio de otra persona, en cuyo supuesto son de aplicación las reglas de la *condictio de prestación*, de modo que esta *condic-*

tio por expensas sólo se aplica cuando la cosa se posee como propia. En el Derecho español cabría ver un supuesto de este tipo de *conductio* en las reglas que rigen la liquidación de un estado posesorio, cuyo eje central se encuentra en la disposición del artículo 453.II CC, que ordena restituir los gastos útiles al poseedor, pero sólo al de buena fe, por cuya razón no parece inspirada en la restitución del enriquecimiento sin causa, pues en tal caso, como ha señalado el sector doctrinal antes aludido, se restituiría el valor invertido por cualquier poseedor, sino en la misma protección de la buena fe con que se ha actuado. [...] En supuestos de liquidación del estado posesorio pueden encontrarse casos que la jurisprudencia considera como aplicación de este tipo de *conductio*, con restitución del valor de las expensas realizadas, como en los de aplicación de los artículos 453, 454, 487, 488 CC (SSTS de 15 de noviembre de 1990, 13 de octubre de 1995, 23 de julio de 1996, 12 de julio de 2000, 22 de octubre de 2002, citadas por la recurrente).

Gastos o trabajo incorporado a cosa ajena. Enriquecimiento injusto.—La pretensión basada en la existencia de un enriquecimiento injusto no es viable en caso en el que el contratista verificó las expensas cuyo valor intenta recuperar en cumplimiento de una prestación a la que estaba obligado por razón del contrato de obra convenido con el comitente de obra, y no como poseedor en nombre propio y en concepto de dueño, sino como servidor de la posesión. En este tipo de supuestos serían de aplicación, en todo caso, las reglas de la relación establecida o, a lo sumo, las de la *conductio de prestación*, si las primeras no fueran aplicables, lo que en el Derecho español conduce al *cobro de lo indebido*, si bien puede extenderse la idea de *cobro* a la adquisición, como ha propuesto alguna autorizada opinión, idea que ciertamente puede rastrearse en alguna de las sentencias anteriormente citadas, como las de 15 de noviembre de 1990, 12 de julio de 2000 o 22 de octubre de 2002. No obstante, no se puede subsumir en tal institución un caso específico en el que la adquisición de la finca, en la que está incorporado el valor derivado de la construcción realizada por el contratista, se produce a través de la ejecución de la hipoteca convenida entre la comitente de las obras, y la entidad bancaria, que prestó el numerario para financiarla, y que además vende por precio no irrisorio, a cargo de la compradora frente a la que se reclama la restitución del supuesto enriquecimiento, la finca en la que las inversiones se contienen. De modo que la adquirente de la finca, en definitiva, adquiere una utilidad que proviene del legítimo ejercicio de un derecho atribuido por un contrato, supuesto en el que la jurisprudencia viene rechazando la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto (SSTS de 19 de diciembre de 1996, 12 de diciembre de 2000, 31 de octubre de 2001, 26 de junio y 31 de julio de 2002, 8 de julio de 2003, 5 de noviembre de 2004, 30 de marzo y 10 de octubre de 2007, etc.) (**STS de 25 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—S.G.C. realizó determinadas construcciones, cumpliendo el contrato de arrendamiento de obra convenido, en las parcelas de C.S., que no pagó por completo. C.S., que había constituido hipoteca en favor de la entidad bancaria C.A., entró en suspensión de pagos, en la que el crédito de S.G.C. fue reconocido como refaccionario. C.S. había arrendado las naves a C., sociedad constituida por los mismos socios. Un grupo de socios de C. constituyó A.M., y esta sociedad entró en la posesión de las naves como subarrendataria, y además se adjudicó maquinaria e instalaciones subastadas

por Hacienda Pública. A.M. parece que se transformó en A.M.I., o en todo caso esta última recibió el patrimonio de la anterior. La suspensión de pagos de C.S. acabó en quiebra fraudulenta. En el ínterin, la entidad bancaria C.A. se adjudicó terrenos, naves e instalaciones en segunda subasta del procedimiento hipotecario, y acto seguido segregó y vendió a A.M.I. y a otra entidad.

La S.G.C. interpuso demanda contra las dos, C.A. y A.M.I. alegando que se declarase: 1. Que la actora, por la ejecución de obras cuyo importe no ha percibido de C.S. se ha empobrecido, y 2. Que C.A. y A.M.I. se han enriquecido sin causa o injustamente a cargo de la demandante, la primera al adjudicarse la finca subastada con las construcciones e instalaciones, y la segunda al adquirir de la C.A. parte de la parcela, con sus construcciones e instalaciones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, en cuyo resultado interpuso el recurso de apelación la actora. La sentencia ha sido impugnada también por la codemandada A.M.I. La Audiencia Provincial de Asturias desestimó la impugnación formulada por A.M.I., estimando en parte el recurso de apelación (sólo en lo que se refiere a las costas de primera instancia, confirmando el resto). Recurrida la sentencia por S.G.C, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (M. L. K.)

52. Responsabilidad de auditores de cuentas: acción ejercitada por accionistas de la auditada: naturaleza extracontractual: efectos de la auditoría frente a terceros: inaplicabilidad del artículo 1257 CC: improcedencia de la teoría de la unidad de la culpa civil.—El artículo 11.1 de la Ley de Auditoría de cuentas de 1988 establece que los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones. Este precepto comporta una remisión a las reglas generales del Derecho privado, contenida expresamente en la nueva redacción del precepto llevada a cabo por la Ley 44/2002. A su vez, el artículo 211 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1988 se remite, en orden a la legitimación para exigir la responsabilidad de los auditores, a lo establecido en el mismo respecto de los administradores sociales. De estos preceptos se infiere que, en aquellos casos en los cuales no concurren los requisitos de legitimación establecidos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la Ley de Sociedades Anónimas, la reclamación dirigida por los socios contra los auditores en defensa de sus propios intereses tiene carácter extracontractual, dado que quien ejerce la acción es un sujeto distinto de la sociedad que celebró un contrato con los auditores. La identidad del elemento subjetivo para apreciar la existencia de una responsabilidad contractual del agente frente al perjudicado ha sido exigida por la STS de 31 de octubre de 2007. En suma, la responsabilidad exigida por los socios a los auditores fuera del ámbito de legitimación reconocido para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la Ley de Sociedades Anónimas tiene carácter extracontractual y está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1968-2.º CC. Advirtiéndose que el contrato de auditoría concertado entre la sociedad y la entidad auditora no contiene estipulaciones a favor de los socios en calidad de terceros, por lo cual éstos no pueden invocar el

artículo 1257 CC. Es improcedente aplicar la teoría de la unidad de la culpa civil, sólo aplicable en supuestos de existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección (STS de 22 de diciembre de 2008).

Dies a quo del plazo anual de prescripción.—La sentencia de apelación fija como hecho inamovible en casación que los socios tuvieron conocimiento el 20 de febrero de 1995 del acta de la Inspección en la cual se pone de relieve la existencia de la situación contable gravemente irregular de la sociedad y, en consecuencia, los defectos del informe de auditoría que desconoce la misma. No resulta aplicable la doctrina de los daños continuados pues aunque el daño se consumara en momentos posteriores, no se trata de daños de producción sucesiva e ininterrumpida, como en STS de 15 de marzo de 1993 (emisiones contaminantes), o de 2 de julio de 2001 (daños de un inmueble que continúan agravándose después de la declaración de ruina), sino que la grave situación en que se encontraba la sociedad, reflejada en el acta, ponía de manifiesto el alcance definitivo de los daños patrimoniales cifrados en la pérdida de las aportaciones económicas realizadas sin necesidad de esperar a la liquidación de la sociedad.

El expediente de la Dirección General de Seguros no interrumpe el plazo.—La iniciación de un procedimiento a instancia de la DGS no puede ser equiparada por razones subjetivas, objetivas y formales a una reclamación de carácter extrajudicial: a) el sujeto que lo ordena no es el acreedor, sino un órgano administrativo que interviene en el control técnico de la actividad de los auditores; b) tal procedimiento administrativo tiene carácter sancionador y no de reclamación de una indemnización por culpa extracontractual; c) el procedimiento administrativo no es requisito para el ejercicio de la responsabilidad extracontractual; y d) el procedimiento administrativo carece de efectos prejudiciales o suspensivos respecto de las acciones de responsabilidad civil. (STS de 27 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: daño moral reclamado por el progenitor al impedírselle relacionarse con su hijo menor: responsabilidad de la madre que traslada al hijo a los Estados Unidos: irresponsabilidad de la asociación civil Dianética y del Centro de Mejoramiento Personal.—Don. Paulino interpuso una acción de responsabilidad extracontractual contra su compañera sentimental, doña Remedios y contra los otros demandados a quienes imputa haber convencido a ésta para que se inscribiera en la Iglesia de la Cienciología. Procede examinar los requisitos que esta Sala requiere para la existencia de la obligación de responder conforme al artículo 1902 CC.

El primer requisito consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Doña Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar impidiendo que su hijo menor pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar oponiéndose a la ejecución de las sentencias que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, resoluciones que conocía perfectamente porque en ellas aparece actuando por medio de procurador; por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias en esta materia que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo por su parte una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-familiares. No ocurre lo mismo con las otras partes demandadas, la aso-

ciación civil Dianética y el Centro de Mejoramiento Personal, pues la influencia que pudieran haber ejercido en doña Remedios no puede ser objeto de decisión en esta sentencia por falta de prueba y para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 CE; además no puede atribuirseles ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo, básicamente, porque no concurre en ellas la necesaria imputación objetiva. En consecuencia, la acción de responsabilidad debe quedar limitada a la madre del menor.

El segundo elemento es si concurre, o no, daño. El problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo. El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Debe tenerse en cuenta, además, un nuevo elemento y es que el moderno Derecho de familia rechaza la imposición coactiva de las obligaciones que puedan limitar la personalidad de los individuos, por lo que aun cuando sea posible sancionar el incumplimiento de las obligaciones entre padres e hijos, se imponen modulaciones en interés de los propios hijos. Este tipo de daños ha sido considerado en diferentes Tribunales extranjeros e internacionales. Así la S de 13 de junio de 2000 del Tribunal de Roma, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visita, condenó a la madre a indemnizar al padre por habérselo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo; entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y proporción de su propio sentido de la responsabilidad y del prolongado pero vano esfuerzo puesto en ser satisfecho en dicho derecho. A su vez, el Tribunal de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, S de 13 julio de 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo de 1950, en un caso en que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. El Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio; de donde concluye el Tribunal que el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio, y aunque no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán, se debe extraer de esta jurisprudencia la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (S coincidente con la de 11 de julio de 2000, del mismo Tribunal, caso Ciliz vs Países Bajos). En consecuencia de lo dicho hay que

concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor, y ello con independencia de las acciones penales por desobediencia.

El tercer elemento es la relación de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios jurisprudenciales de imputación objetiva (SSTS de 17 de mayo de 2007 y 14 de octubre de 2008), según los cuales el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido judicialmente atribuida la guardia y custodia; no existe ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, sólo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad, guardia y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y, al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre. De acuerdo con estos criterios, no puede atribuirse a las otras partes demandadas el daño moral sufrido por el padre.

Prescripción: *dies a quo*.—La sentencia recurrida fija éste en la fecha en que la madre trasladó al hijo menor a los EE.UU. (23 de agosto de 1991), cuando en realidad la privación de los contactos con el hijo ha ido manteniéndose a lo largo de la minoría de aquél, por lo cual el *dies a quo* para computar el año del artículo 1968-2.º CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad (es decir, el 21 de agosto de 2002, habiendo sido presentada la demanda en 1998), porque en cualquier momento podría haber recuperado el padre la guarda y custodia, lo que intentó varias veces infructuosamente; por consiguiente, el daño se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad. Por otra parte, si la prescripción extintiva se fundamenta en la inactividad del titular, en el presente caso el actor actuó ante los tribunales españoles durante los siete años desde la marcha de la madre con el hijo, aunque tales actos no suponen interrupción de prescripción extintiva.

Quantum indemnizatorio.—En relación con el problemático tema de la valoración del daño moral causado al padre, éste solicita la cantidad de 35 millones de las antiguas pesetas a razón de cinco millones por cada año de privación de la relación personal con el hijo; pero en este caso el *quantum* resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos, y más teniendo en cuenta que el padre no ha reclamado los daños materiales que le pueden haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante la desaparición del hijo menor. Por ello se considera adecuada la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta, además, que el daño es irreversible.

Costas en casación: aplicación del artículo 394 LEC.—La reclamación de indemnizaciones entre progenitores por daños ocasionados entre ellos es una materia incipiente en el derecho español, lo que permite no aplicar el principio del vencimiento según prevé el artículo 394 LEC. Y por ello no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, ni en

ninguna de las instancias. (STS de 30 de junio de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Importante sentencia que ha sido ampliamente comentada por Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Indemnización del daño moral al progenitor por la relación personal con el hijo*, en ADC, 2009, págs. 1825 ss. Me remito a su amplia y compleja relación de hechos de esta sentencia (*ivi* págs. 1826-1828) y a la bibliografía allí citada. Concurre la circunstancia de que la Ponente de la sentencia extractada es especialista en el tema. Cfr. su trabajo *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en VVAA, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. MORENO MARTÍNEZ) (Madrid 2000), siendo consciente por ello de la delicada misión del Tribunal Supremo de iniciar nuevos rumbos interpretativos por lo que se trata de una *materia incipiente* merecedora de un trato benevolente en materia de costas. Este tema novedoso parece ser fecundo, en un próximo futuro, en aplicaciones prácticas, dada la actual tendencia hacia la privatización de las relaciones familiares (últimamente, Alma M.^a MARTÍNEZ GUITIÁN, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, [Barcelona 2009], y también de la misma autora *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, [Cizur Menor, 2009], con amplio tratamiento del incumplimiento del derecho-deber de visita en págs. 269-283, pero cuya conclusión de que «ninguna sentencia española, sin embargo, reconoce hoy por hoy el derecho a una indemnización al progenitor por la obstrucción al derecho de visita por parte del progenitor conviviente» se ve hoy matizada y corregida por esta pionera resolución de la Sala 1.^a que se extracta). (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: seguro de incendios: prescripción: interrupción de la acción por ejercicio de la acción penal: *dies a quo* del plazo.—El artículo 114 de la LEcrim impide el proceso civil por nacer o ya nacido sobre el mismo hecho objeto de un proceso penal. De ahí que el plazo de prescripción no corra si se sigue un proceso penal por el mismo hecho, y se interrumpa si hubiera ya comenzado cuando aquél se incoa, siendo indiferente que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si éstas continuaron en tramitación con las restantes, porque el planteamiento de una causa penal impide el ejercicio de la acción civil en un proceso de esta naturaleza, dada la influencia o conexión que los hechos denunciados en la jurisdicción penal pueden tener respecto a la iniciada o suspendida acción civil, razón por la cual es a partir del archivo definitivo cuando comienza a discurrir el cómputo del plazo anual prescriptivo.

Daños por incendio: doctrina jurisprudencial sobre la relación de causalidad.—El fuego se produjo dentro del círculo de actividad de la empresa demandada donde tenía apilados cajas de madera fina y cartón, habiendo condenado la sentencia no sólo por un riesgo objetivo creado sino

también por culpa de los responsables al no tener el dominio de la situación desarrollada dentro del círculo de su actividad. En los casos de incendio, la jurisprudencia salva las dificultades de prueba de su causa, basando la imputación objetiva en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce sobre las cosas que lo generan. De modo que admite un grado de razonable probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta, en la reconstrucción procesal de la relación causal (así SSTS de 30 de noviembre de 2001, 29 de abril de 2002 y 15 de febrero de 2009). Por su parte la STS de 20 de mayo de 2005 precisa que cuando se produce un incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar la realidad del mismo y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, mientras que a quien tuvo la disponibilidad –contacto, control o vigilancia– de la cosa en que se originó el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa hubiera podido provenir de agentes exteriores. Con arreglo a esta doctrina no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad (SSTS de 29 de abril de 2002 y 20 de mayo de 2005). (**STS de 4 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

55. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente de trabajo. El plazo de prescripción se inicia cuando concluyen las diligencias penales de información.—El artículo 114 LECrim dispone que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, de tal forma que, si existe el mismo, no se puede reclamar en vía civil por los hechos que son objeto de investigación y actuación por la Jurisdicción penal y, en definitiva, que mientras actúa el Juez penal no pueden tramitarse las acciones civiles por imperativo de la norma. Pues bien, estas diligencias se abrieron tras haberse puesto en conocimiento del Juzgado que se había descubierto un cadáver y ello con la evidente finalidad de investigar si se había producido algún delito o falta. Es cierto que carecen de soporte normativo y que solo una inercia de la práctica judicial las mantiene. Ahora bien, son diligencias de carácter penal que no ven modificada su naturaleza por dicha circunstancia, en cuanto implican la iniciación de un procedimiento de esta naturaleza dirigido a determinar la clase de procedimiento a seguir entre los establecidos legalmente para una y otra clase de delitos, y que vienen a englobar un concepto más amplio de lo que pudieran considerarse diligencias sumariales o previas por cuanto son necesarias para lograr una resolución provisional o definitiva que lo ponga fin, como con reiteración ha señalado este mismo Tribunal Supremo (SSTS de 7 de febrero de 1992; 7 de noviembre de 2000; 26 de noviembre de 2008, entre otras muchas de la Sala 2.º); todo lo cual impedía la iniciación del plazo prescriptivo en tanto no concluyeran dichas diligencias pues se trataba de actuaciones penales, con un contenido semejante a las diligencias previas, que fueron abiertas por el juez competente para la investigación inicial de un hecho que podía constituir los caracteres de delito y que impedían al perjudicado iniciar válidamente acciones civiles por impedirlo el artículo 114 LECrim.

Falta de adopción por el empresario de medidas de seguridad que hubieran evitado el daño.—Son hechos que en conjunto ponen en evidencia la concurrencia de una doble causalidad: física o material, por cuanto el fallecimiento del marinero se produjo como consecuencia de la caída al mar cuando trabajaba en el barco, y jurídica —susceptible de revisión casacional— desde el momento en que se introdujo en la relación laboral una situación de riesgo para el trabajador que se materializó al no haberse adoptado las medidas que eran necesarias para garantizar su seguridad. El juicio de reproche subjetivo recae sobre la dueña de la embarcación para la que trabajaba el marinero fallecido por cuanto es ella la que incumplió la obligación especial de diligencia para evitar el daño mediante la adopción de las medidas de seguridad necesarias que a la poste hubieran evitado la situación de peligro previsible. Es cierto que los usos y costumbres de la mar aceptan determinados riesgos. Ahora bien, estos riesgos están pensados más en la efectividad de la pesca que en la seguridad del trabajador, y en modo alguno puede proyectarse sobre quien, en estas condiciones, realiza las tareas para las que se le emplea, y sí sobre quien se beneficia de las mismas. El golpe de mar es un hecho previsible y previsible era también que un marinero pudiera caer, como cayó, por efecto de este golpe de mar y de la inclinación del barco por un hueco que, de haber tenido unas dimensiones inferiores, nunca se hubiera producido.

Inexistencia de caso fortuito.—El caso fortuito que se invoca en el quinto motivo, con cita del artículo 1105 CC, es incompatible con la falta de previsión y cuidado para evitar un daño al trabajador como consecuencia de las instalaciones del barco, siendo reiterada jurisprudencia de esta Sala que no constituye caso fortuito «si existe un comportamiento negligente con suficiente aportación causal» (STS de 20 de julio de 2000), pues el caso fortuito requiere la ausencia de culpa (SSTS de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997 y 18 de abril de 2000), cuya valoración en cuanto al soporte fáctico, por su naturaleza de *quaestio facti*, corresponde al Juzgador de instancia (SSTS de 6 de mayo de 1984 y 14 de marzo de 2001).

Carácter orientativo del Baremo previsto en la Ley 30/1995 cuando se trata de hechos ajenos a la circulación.—La inaplicación al caso del Baremo previsto en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, no infringe los artículos 4.1 y 1.4 CC, como se alega en los motivos octavo y noveno, antes al contrario, su aplicación a los hechos enjuiciados contravendría de manera abierta la norma invocada. La doctrina de esta Sala no ha rechazado la posibilidad de tener en consideración, como criterio simplemente orientativo, no vinculante, para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación previstos en el Anexo a la DA 8.^a de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en orden a efectuar el cálculo correspondiente en supuestos distintos de los previstos en la norma (STS de 27 de noviembre de 2006, y las que se citan). Ahora bien, este carácter orientativo no impide que, en materia de responsabilidad por culpa extracontractual ajenos al hecho de la circulación, pueda el Tribunal atender al único principio que ha de tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, según los hechos probados, como es el de indemnidad de la víctima que informan los artículos 1106 y 1902 CC.

La condena al pago de intereses trata en este supuesto de actualizar la cuantía de la indemnización.—Los intereses se conceden por el tribunal de apelación no a título de intereses moratorios al amparo del artículo 1108 CC,

sino en concepto de parte integrante de la indemnización principal entendida como deuda de valor necesitada de actualización, pues la sentencia expresa que «se trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad», de tal forma que, lejos de aplicar el citado precepto, establece una indemnización compuesta por una suma principal y por el abono de los intereses para su actualización al momento de dictarse la sentencia de primera instancia, pues en dicho momento la parte demandada adeudaba a la actora el daño cuyo importe ha sido objeto de indemnización. Lo contrario, es decir, la dilación en el pago de lo que se adeuda desde aquel momento, sería un perjuicio más de los sufridos por la víctima, dada la evidente devaluación monetaria que no tiene obligación de soportar; circunstancia, por lo demás, que impide concurra el vicio de incongruencia que también se imputa, con independencia de que esta cuestión tenga una naturaleza adjetiva y de que su planteamiento excede del ámbito del recurso de casación. (**STS de 11 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un marinero cayó al mar cuando trabajaba en una embarcación, que carecía de las medidas de seguridad necesarias para evitar el daño que puede causar un hecho previsible como es el golpe de mar. El marinero falleció ahogado y su cuerpo fue encontrado después, lo que motivó que se iniciaran unas diligencias penales de información. La viuda del marinero y sus hijos demandaron a la empresaria dueña de la embarcación reclamando 80 millones de pesetas como indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago de 8 millones de pesetas. Presentado el recurso de apelación por ambas partes litigantes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el instado por los demandantes, condenando a la demandada al pago de 34.821.050 pesetas y al pago de los intereses legales desde la fecha de la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación presentado por la demandada. (*L. F. R. S.*)

56. Accidente marítimo: naufragio de bote de pesca con fallecimiento de ambos ocupantes: responsabilidad del propietario, también víctima del accidente: prueba: inaplicabilidad de la doctrina del riesgo.—La jurisprudencia reciente ha delimitado los casos en que la responsabilidad viene imputada por el riesgo de la actividad desarrollada. La STS de 28 de julio de 2008 señala que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, y su aplicación requiere que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, fijando tres excepciones a dicha regla, a saber, los riesgos extraordinarios, el daño desproporcionado y la falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a ello, en los cuales se invierte la carga de la prueba, pero el accidente objeto del proceso no se incluye en ninguno de ellos; doctrina que se reitera en SSTS de 22 de febrero y 23 de mayo de 2007. En el presente caso, no se ha probado la culpa o negligencia del propietario de la embarcación, también fallecido en el accidente; su compañero igualmente fallecido, y cuya familia reclama la

indemnización, tenía un título para manejar embarcaciones del tipo de la naufragada; el riesgo fue asumido por ambos navegantes.

Seguro marítimo obligatorio.—El RD 607/1999 establece un seguro obligatorio para accidentes marítimos, no con base en la responsabilidad objetiva sino subjetiva, de modo que quien pretenda obtener una indemnización deberá demostrar la culpa o negligencia del propietario de la embarcación. No siempre cuando se obliga al aseguramiento de una responsabilidad se debe concluir que ello ocurre porque se está configurando la responsabilidad como objetiva. (**STS de 21 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

57. Responsabilidad civil de los árbitros. Requisitos.—Entre otros son criterios generales a los cuales debe ajustarse la exigencia de responsabilidad civil a los árbitros por los daños producidos en el ejercicio de su cometido los siguientes. A. Desde el punto de vista positivo, la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que ésa no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, sea producto de una grave negligencia. Cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo, sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistématico para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los Tribunales. Resulta, por tanto, evidente, que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad civil de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional. B. Desde el punto de vista negativo, la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes del error en que se producen las actuaciones arbitrales. C. De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, la responsabilidad de los árbitros exige también la existencia de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados. D. La apreciación de responsabilidad exige también un requisito de ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado. Es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la

interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante. E. El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el árbitro deviene responsable en último término, como corresponde a la necesidad de salvaguardar razonablemente, en beneficio de la libertad de disposición de las partes, la autonomía en el ejercicio de su función, lo que quiere decir que la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los medios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral. (**STS de 22 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—M. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona contra H., solicitando una indemnización por los daños ocasionados por éste al realizar un arbitraje de equidad.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al considerar que el árbitro de equidad decide según su leal saber y entender, siendo suficiente que llegue a una conclusión que dirima el conflicto y que ésta sea socialmente aceptable con arreglo a los principios de justicia e igualdad. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Girona. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

58. Accidente de circulación: empleado de Telefónica que conduce para usos particulares vehículo de ésta: ausencia de relación de dependencia: irresponsabilidad de la empresa.—Tiene razón la recurrente cuando manifiesta que al tiempo de sobrevenir el accidente, el conductor accidentado utilizaba el vehículo de la Telefónica para uso particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que le imponía la empresa, que no le había autorizado expresamente su uso privado, pues ello impide establecer una relación de dependencia entre uno y otra, como presupuesto inexcusable del artículo 1903 CC, aunque se acudiese a la responsabilidad por riesgo, puesto que el vehículo se hallaba cedido exclusivamente para el desempeño de su trabajo, constituyendo un acto individual completamente desvinculado de la empresa con la que estaba ligado laboralmente, desde la idea de que toda responsabilidad ha de conectarse con el servicio asignado al autor directo y que la conducta negligente del empleado se debe producir en el ámbito propio de la actividad empresarial quedando fuera de la misma los supuestos en que las conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal, pues el hilo de la dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad si los actos del sujeto no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado (STS de 30 de diciembre de 1992). Fundamentar, como hace la sentencia recurrida, la responsabilidad de la empresa por la acción de su empleado, basándose en la supuesta falta de un sistema de control del uso que hacía del vehículo de forma

particular, supone desconocer la doctrina de esta Sala en cuanto extiende la responsabilidad más allá de lo que autoriza la norma. (**STS de 6 de mayo de 2009**; *ha lugar.*) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Doctrina merecedora de aprobar. No tanto, sin embargo, lo es el inexplicable retraso —¡29 años!— en resolver el litigio ya que el accidente ocurre el 12 agosto de 1980, el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en 2001 y la Audiencia Provincial en 2004. Ningún dato fáctico recogido en la extractada, explica la dilación en el planteamiento judicial y en la resolución definitiva sobre este luctuoso suceso en el que fallecieron la esposa y la hija de 13 meses del acompañante —se supone que parientes o amigos—, del empleado de la Telefónica que colisiona con otro vehículo, cuyo conductor fue absuelto. Inicialmente se trata del *favor* (transporte benévolos) que un conductor hace a una familia amiga, que termina en tragedia, agravada porque el favor se hace con un coche ajeno cuyo titular (Telefónica) había prohibido expresamente tal uso del vehículo, por lo cual no parece justo que deba responder de los daños que el empleado de aquella cause a terceros. (G. G. C.)

59. Responsabilidad extracontractual del titular del centro docente por fallecimiento de una niña por un empujón que le dio un compañero. Falta de empleo de la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.—No sólo resulta que la entidad titular del centro docente no ha logrado probar que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, como le impone el párrafo último del artículo 1903 CC, sino que, además, esta Sala comparte plenamente el juicio del tribunal sentenciador sobre la probada negligencia de dicha entidad y su relación causal con el resultado producido, ya que la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m² en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno.

Intereses de demora del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. Superación del principio *In illiquidis non fit mora*.—La jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 20 LCS ha evolucionado, en no poco paralelismo con su doctrina sobre el artículo 1108 CC superadora del principio «*in illiquidis non fit mora*» hacia un mayor rigor para con las compañías de seguros, dando por sentado que la regla general es la indemnización por mora y que sólo excepcionalmente se exonerará de la misma a la aseguradora que, como se desprende de la norma, pruebe que no pagó por causa justificada o que no le era imputable, pues como señala la S de 4 de junio de 2007 (rec. 3191/00), con cita de otras muchas, la propia existencia del proceso no puede tomarse como excusa para no pagar.

Y que en el presente caso no había causa suficientemente justificada para dejar de indemnizar a los familiares más próximos de la niña fallecida, existiendo como existía un seguro de responsabilidad civil del centro docente, resulta del propio régimen de responsabilidad establecido en el artículo 1903 CC, con inversión de la carga de la prueba que desde un principio, y por más que no hubiera imputación penal, la aseguradora «confiara» en lo que le manifestaba su asegurado y la sentencia de primera instancia fuera desestimatoria de la demanda, apuntaba a la responsabilidad del centro docente dadas las circunstancias en que se produjeron los hechos. (**STS de 30 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una niña falleció al recibir un empujón de un compañero durante el recreo, que le produjo una fractura de cráneo al caer. Como estaba lloviendo, doscientos niños se resguardaron en un pasillo cubierto en forma de L, resultando una aglomeración de 300 niños a cargo de cinco profesoras. Los padres y el hermano de la fallecida reclamaron una indemnización de daños y perjuicios al titular del centro docente y a la compañía aseguradora, que alegaron la existencia de caso fortuito. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, condenando a los demandados a abonar distintas cantidades a los demandantes, imponiendo además a la compañía aseguradora la condena al abono del interés de demora del 20 por ciento. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*L. F. R. S.*)

60. Responsabilidad médica: daños y perjuicios derivados de intervención quirúrgica en Hospital público: naturaleza extracontractual.—La STS de 26 de marzo de 2009, reiterando otras anteriores, como manifestación de un criterio jurisprudencial ya consolidado, ha señalado que la acción de responsabilidad civil dirigida contra la Administración Sanitaria está sujeta al plazo de prescripción de un año, rechazando la calificación contractual partiendo de la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 41 CE), y de su consideración como una función del Estado sujeta a un régimen de configuración legal y de carácter público según la doctrina del Tribunal Constitucional. (SSTC 65/1997 y 37/1994).

Prescripción: no se interrumpe por telegrama.—En este caso el plazo prescriptivo no se ha interrumpido por reclamación extrajudicial del acreedor, pues la eficacia de ésta depende de una declaración de voluntad receptiva por parte del acreedor, que, además de la actuación objetivamente considerada, impone que la misma haya llegado a conocimiento del deudor, siendo jurisprudencia reiterada que la interrupción de la prescripción es cuestión de hecho, cuya existencia compete a la Sala de instancia. El telegrama remitido por la perjudicada nunca llegó a conocimiento de los demandados, pues el Hospital no dependía del Estado sino de la C.A. de Madrid, ostentando distinta personalidad una y otra, y los dirigidos al Dr. Gabriel y al Director de la Maternidad de Zaragoza carecen de efecto por no haber sido demandados en

este proceso, y porque se refería a hechos distintos, siendo inaceptable la invocación del artículo 1974.1 CC al no haber vínculo de solidaridad entre aquellas personas a las que se dirigieron los telegramas y los aquí demandados. (STS de 29 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

61. Responsabilidad extracontractual sanitaria. Daños causados a un menor por practicar la cesárea a su madre con mucho retraso respecto de la decisión. El daño no es consecuencia de la actuación del ginecólogo sino de la defectuosa prestación asistencial del centro.—Siendo así, no es posible sostener con arreglo a esta doctrina que se ha producido un daño en la persona del menor, vinculado a la actuación del ginecólogo, que no haya podido ser explicado debidamente por éste, como así resulta de los hechos probados que la sentencia expone de una forma minuciosa, coherente y convincente, de los que se infiere que actuó con la diligencia exigida para el acto médico concreto, no pudiendo ponerse a su cargo las consecuencias derivadas de una defectuosa prestación asistencial por parte del Centro. La diligencia del buen médico en todo acto o tratamiento, comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS de 19 de octubre de 2007, y las que en ella se citan).

La cuantificación de los daños corresponde a los órganos de instancia.—La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 CC, y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se da el mismo trato indemnizatorio a las lesiones producidas en accidente de circulación que a las originadas por otra causa, con la consecuencia de que sólo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal *a quo* resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS de 14 de mayo de 2008, y las que cita), lo que no ocurre en este caso, ya que desde la perspectiva de los hechos probados, y de la aplicación del baremo, la cuantificación efectuada por la Sala, mediante el criterio que explica, resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, con exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está indemnizado en el factor de corrección por lesiones permanentes —grandes inválidos con necesidad de ayuda de otra persona—, como por la adecuación de la vivienda a la grave situación en que ha quedado el menor, puesto que este daño no ha sido acreditado por quien lo reclama, tratándose de un factor de corrección que resulta no solo de la gran invalidez, sino de la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma, a cargo de la víctima, conforme al principio establecido en la actualidad por el artículo 217 LEC. Fuera quedan también los gastos de fisioterapeuta, clases de natación y cuotas de APHISA, teniendo en cuenta que se trata de unos daños, perjuicios y gastos futuros hipotéticos, que por tal circunstancia no pueden ser objeto de una condena de futuro, según la doctrina jurisprudencial entonces aplicable a

tal tipo de condena, que, por cierto, era más flexible que la nueva configuración legal (en el art. 220 LEC 2000), como señala la S de 2 de noviembre de 2005, y las que en ella se citan.

Responsabilidad del centro sanitario por hecho propio e independiente de la responsabilidad de los profesionales.—También esta Sala ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 22 de mayo de 2007). Lo hizo a partir de la STS de 1 de julio de 1997, utilizado como criterio de imputación los artículos 26 y 28 LGDCU. El artículo 26 LGDCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados «a menos que conste o se acredice que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», mientras que el artículo 28 apartado 2.º hace expresa mención de los «servicios sanitarios» y vincula los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que «por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario» (SSTS de 5 de febrero de 2001, 5 de enero de 2007).

Por tanto, como precisa la S de 5 de enero de 2007, «el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el Código civil, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurran circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario».

Siendo así, el motivo parece desconocer que la responsabilidad que se imputa a la recurrente se produce abstracción hecha de que hubiera quedado acreditada la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo, y se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al fracaso del sistema organizativo de las guardias de disponibilidad establecido en el mismo, pues es evidente que un sanatorio que ofrece un servicio de «urgencias médico-quirúrgicas y tocológicas» está obligado a instrumentar las medidas adecuadas que permitan que una cesárea pueda practicarse en un tiempo prudencial, el cual no lo es un retraso de una hora y cuarenta y cinco minutos.

Rechazo de una alternativa indemnizatoria diferente.—La pretensión de atender a una alternativa indemnizatoria distinta, consistente en la fijación de una renta vitalicia, es algo que si bien se contempla en las reglas 8 y 9 del apartado 1.º del Anexo del baremo, resulta inaceptable en estos momentos, no solo porque no ha sido ofrecida por los demandantes ni planteada por la

recurrente en sus escritos iniciales, sino porque se desconoce las garantías que pudieran asegurar la subsistencia del capital sobre el que se calcula la renta y la forma de computarla en función de las circunstancias concurrentes que a la postre contribuyan para una correcta fijación. (**STS de 20 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Habiendo decidido el ginecólogo a las 15 horas que se le practicara una cesárea a una paciente, la intervención no se produjo hasta las 16.45 horas por causa del sistema de guardia de disponibilidad del centro sanitario, lo que provocó que el niño naciera con unos problemas que causaron un grave retraso psicomotor y encefalopatía hipóxica perinatal, así como otras secuelas. Los padres del menor demandaron al ginecólogo, al titular del centro sanitario y a dos compañías de seguros solicitando una indemnización de 475.612.315 pesetas. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando únicamente al titular del centro, fijando unas indemnizaciones muy inferiores a la reclamada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación presentado por los demandantes y estimó parcialmente el recurso interpuesto por el titular del centro, rebajando nuevamente el importe de las indemnizaciones. Presentados recursos de casación por los padres y por el titular del centro, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (M. C. B.)

62. Responsabilidad extracontractual del cirujano, por no haber informado al paciente del riesgo previsible de lesión del nervio ciático. No se trata de un caso de resultado desproporcionado.—El motivo ha de ser desestimado porque, en cuanto a lo primero, el recurso de casación no permite revisar la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia; y en cuanto a lo segundo, la tradicional jurisprudencia de esta Sala sobre la obligación del profesional sanitario como una obligación de medios y no de resultado, con la consiguiente carga del demandante de probar la culpa o negligencia de aquél por no serle aplicable criterios objetivadores de responsabilidad, se viene manteniendo hasta la fecha salvo en los casos de resultado desproporcionado. Y si la propia parte recurrente mantiene en este motivo que la lesión del nervio ciático era una complicación previsible, fundando además su motivo primero precisamente en la tipicidad de tal complicación, la sentencia de primera instancia razona que «la lesión del nervio ciático está descrita como complicación de esta intervención quirúrgica en la literatura científica, con una estimación de frecuencia en el 3,5% de los casos» y, en fin, la sentencia recurrida confirma este mismo dato, entonces forzoso será concluir que no hay el menor asomo de resultado desproporcionado que pueda justificar una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano demandado.

Responsabilidad del cirujano por no haber informado al paciente de un riesgo previsible de la intervención.—El motivo debe ser estimado porque, en efecto, la sentencia recurrida infringió el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el artículo 1902 CC, al considerar «imprevisible» una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5%, confundiendo por tanto el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad, como alega la parte recurrente, ya que la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo,

como declaró la S de esta Sala de 21 de octubre de 2005 (Rec.1039/99). Y como quiera que en el presente caso no hubo información alguna del riesgo típico de la lesión del nervio ciático, según se desprende de la motivación de la sentencia recurrida e incluso de lo alegado por el propio cirujano demandado al contestar a la demanda (hecho cuarto, párrafo último) y tal lesión efectivamente se produjo, la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad del referido cirujano por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario.

Incremento de la cuantía indemnizatoria.—Conforme a la jurisprudencia más especializada de esta Sala (p. ej. SSTS de 10 de mayo y 21 de diciembre de 2006), la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico; desde esta perspectiva tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria aplicando el artículo 1103 CC por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico.

Sin embargo la suma de 10 millones de pesetas fijada por dicha sentencia se considera insuficiente por esta Sala a la vista de los muchos padecimientos de la demandante subsiguientes a la intervención quirúrgica y pese a que esta intervención viniera indicada por la «cosartrosis izquierda evolucionada, incapacitante y dolorosa» que aquélla padecía, pues lo cierto es que el resultado fue insatisfactorio, el estado general de la paciente empeoró, su edad era de 47 años y tuvo que estar hospitalizada durante seis meses y pasar por otra intervención para paliar el dolor, todo ello sin habersele dado la oportunidad de evitarlo optando por permanecer en su estado anterior, desde luego nada satisfactorio, o escogiendo a otro especialista. En función de todo ello y computando por tanto algunos de los factores valorados por la S de 21 de octubre de 2005 (Rec. 1039/99), esta Sala considera procedente fijar la suma indemnizatoria en 20 millones de pesetas, respetando lo acordado por la sentencia de primera instancia en materia de intereses. (**STS de 30 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Un paciente demandó al cirujano que realizó una intervención quirúrgica de implantación de una prótesis de la cadera izquierda, al titular del centro en el que se realizó la intervención y a la compañía médica aseguradora solicitando una indemnización de 40 millones de pesetas por la lesión del nervio ciático que se produjo a consecuencia de la intervención y que se produce en un 3,5% de los casos. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al cirujano a pagar 10 millones de pesetas de indemnización por no haber cumplido la obligación de informar al paciente de los riesgos previsibles de la intervención. Interpuestos recursos de apelación por el demandante y por el cirujano condenado, la Audiencia Provincial desestimó el presentado por el primero y estimó el del segundo, desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, condenando al cirujano a satisfacer una indemnización de 20 millones de pesetas por incumplimiento del deber de información. (*M. C. B.*)

63. Contrato de seguro de asistencia sanitaria y responsabilidad extracontractual médica. El asegurador garantiza la calidad de los servicios prestados.—De esa forma, se llega a la condena por vía del artículo 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, que no es de carácter laboral directa puesto que no es contratada laboral de plantilla de Adeslas, sino indirecta por razón del concurso con la Clínica Santa Elena donde dicha señora presta sus servicios, ya que la función del asegurador «no es la de facilitar cuadros médicos, clínicas, enfermeras, o centros de diagnóstico mencionados en sus cuadros clínicos, sino la de asumir directamente la prestación del servicio, y garantizar la corrección, e idoneidad de los medios personales y materiales empleados»; argumento que sería suficiente para establecer la responsabilidad por hecho ajeno desde la idea de que la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra bien sea por vínculos laborales, bien por razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente.

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado el pago por la aseguradora no solo del coste económico de las operaciones médicas, y los gastos de estancia y manutención del enfermo, medicación y tratamientos necesarios, sino también las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de médicos, servicios o establecimientos propios de Adeslas que de esa forma vienen a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse en este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia aseguradora para ponerlos a disposición del paciente al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden. Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de

una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

La iliquidez de la deuda no impide que se condene al deudor al pago de los intereses regulados en el artículo 20 LCS. Naturaleza declarativa de la sentencia que fija el *quantum*.—El motivo parece insistir, de un lado, en el contenido de la obligación propia de este seguro, tratando de limitar su responsabilidad exclusivamente al hecho de haber procedido a prestar la asistencia médica y hospitalaria demandada, y negando, de otro, que el pago de la indemnización constituya la prestación propia a la que esta obligado frente a su asegurado, por lo que no es posible estimarle en situación de mora máxime cuando la obligación de pago ha sido determinada mediante un procedimiento judicial y el *quantum* de la misma se fija en la sentencia. El motivo se desestima por razones obvias. En primer lugar, los defectos de cumplimiento, como afirma la sentencia, «se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero» y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador. En segundo lugar, esta Sala ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio y 9 de diciembre de 2008; 12 de febrero de 2009). La mora de la aseguradora únicamente desaparece 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, nada de lo cual se da en el caso. Admitir, sin más, que no se pagan intereses cuando la obligación y el pago se fijan en la sentencia supone tanto como dejar sin contenido una norma que es regla de aplicación y no excepción, habiendo declarado esta Sala —STS de 19 de junio de 2008— que «la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario» —S de 14 de marzo de 2006—, y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el *quantum* tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho *ex novo* sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005; 3 de mayo de 2006). (**STS de 4 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una enfermera de una clínica privada administró a una recién nacida un medicamento que le causó graves daños cere-

brales que determinaron su fallecimiento en el curso del proceso. Los padres de la fallecida reclamaron una indemnización a la enfermera, a los titulares de la clínica y a las compañías aseguradoras, incluyendo la compañía médica en cuyo cuadro figuraba la clínica en la que se produjo la actuación profesional negligente. La compañía médica aseguradora se opuso a la reclamación, alegando que no tenía que responder por la actuación de los profesionales sanitarios, puesto que su papel se había limitado a mediar entre éstos y el paciente. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados solidariamente al pago de 752.449,12 euros y sus intereses de demora. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente redujo la cuantía indemnizatoria a 396.834,11 euros. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso presentado por la compañía médica aseguradora. (M. C. B.)

64. Imposibilidad de revisar, en vía casacional, los hechos establecidos por la sentencia de instancia.—En el motivo examinado la parte recurrente combate la existencia de un nexo de causalidad entre el accidente de circulación objeto del proceso y la meniscectomía artroscópica padecida en contra de lo que, en el terreno estricto de los hechos, se declara por la sentencia de instancia, pues en ella se afirma que «ningún indicio existe para relacionar la caída sufrida por la demandante con las lesiones que se le produjeron en el accidente de tráfico». En consecuencia, únicamente mediante una nueva valoración probatoria que claramente entraría en el terreno de la fijación de los hechos vedada a la casación podría sustentarse la existencia de un nexo de causalidad que la sentencia recurrida declara inexistente.

Accidentes de circulación. Determinación de su régimen legal.—Las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado». (STS de 18 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xirol Ríos.]

HECHOS.—S. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de León contra la aseguradora A. C. S. R., S. A., solicitando una indemnización por los daños ocasionados a raíz del accidente de motocicleta en la que viajaba como ocupante. El mencionado accidente tuvo lugar el día 22 de enero de 2000. Asimismo, la demanda sostenía que también debía indemnizarse a S. por los daños fruto de una meniscectomía de la que fue intervenida en fecha 13 de septiembre del mismo año al considerar que era una lesión consecuencia del accidente, extremo que fue desestimado por el Juzgado. Apelada la sentencia, la Audiencia de León la confirmó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. Venta de cosa común sin consentimiento de todos los comuneros.—La cuestión de la venta de cosa común sin consentimiento de todos los comuneros es discutida en la doctrina y ha dado lugar a distintas soluciones en la jurisprudencia, sin que exista «un criterio de decisión absolutamente uniforme». No resulta contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la consideración de que el contrato de venta de una cosa común es nulo cuando no concurre el consentimiento de todos los comuneros, por aplicación del artículo 397 CC. (STS de 23 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Habiéndose celebrado la venta de un inmueble perteneciente en copropiedad a varios sujetos y no habiendo prestado todos ellos su consentimiento, el comprador demandó la elevación a escritura pública del contrato y la entrega de la posesión. Los vendedores, sin formular reconvenCIÓN, opusieron la anulabilidad del contrato por error y subsidiariamente propusieron la entrega de su cuota de participación al comprador. En ambas instancias se declaró la nulidad de la compraventa (nulidad absoluta en primera instancia por aplicación conjunta de los arts. 397 y 1261 CC y nulidad por cambio del objeto en la Audiencia Provincial, aunque sin contradecir la anterior). En casación se desestimó el recurso interpuesto. (C. J. D.)

66. Responsabilidad extracontractual a consecuencia de la paralización de unas obras provocada por diversos procedimientos interdictales. Motivación de la sentencia recurrida.—Procede recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC núm. 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC núm. 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992).

Por otra parte, esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenido en la parte dispositiva (STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (SSTS de 30 de abril de 1991 y 7 de marzo de 1992).

Congruencia de la sentencia recurrida.—La sentencia recurrida no incide en incongruencia, habida cuenta de que, por una parte, en el *petitum* de la demanda se solicitaba que se dictara sentencia «por la que se condene los demandados a abonar a la actora, en concepto de daños y perjuicios sufridos

como consecuencia de las paralizaciones judiciales de las obras, una indemnización por cuantía que, aun siendo ahora indeterminada, se señala como cifra orientativa la de 53.428.904 pesetas en cuanto algunos de los conceptos objeto de reparación, y sin perjuicio que pueda ser modificada o concretada, en más o en menos, según lo que resulte de la prueba que se practique o, en su caso, en ejecución de sentencia, y teniendo en cuenta para su determinación las bases señaladas en el cuerpo de este escrito; intereses legales e imposición de costas a los demandados»; y por otra, el fallo de la sentencia recurrida expresa que «estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad “Residencial los Herrerucos, S.L.” contra la S de fecha 14 de noviembre de 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Reinosa, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de que desestimando la excepción de litispendencia y falta de legitimación activa y estimando parcialmente la demanda debemos condenar y condenamos a los demandados doña Coro y don Luis a que abonen a la entidad actora “Residencial los Herrerucos, S.L.”, y en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las paralizaciones judiciales de las obras, la suma de 161.109,14 euros (26.806.306 pesetas), así como los intereses de ejecución de dicha suma, sin hacer especial declaración de condena en cuanto a las costas causadas en la instancia y en la alzada»; de manera que ha existido ajuste o adecuación entre los términos en que los litigantes han deducido sus pretensiones y peticiones y la parte dispositiva de la resolución judicial.

Actuación de mala fe por parte de los demandados, fundamentación suficiente para quedar obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados.—En el FD 4.º de la sentencia recurrida, se ha manifestado que, si bien, en principio, el hecho de la formulación de interdictos de obra nueva no comporta sin más el derecho al percibo de una indemnización en favor del dueño de la obra, asimismo ha argumentado, con cita de varias sentencias de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que la viabilidad de la reclamación del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por actuaciones judiciales, precisa que quién esgrimió las acciones interdictales haya actuado con voluntad dañosa o, al menos, con manifiesta negligencia e, igualmente, que los daños y perjuicios, que de manera probada fueran consecuencia directa e inmediata del ejercicio de un interdicto de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación cuando la acción resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda. Después de efectuar tales afirmaciones, dicha sentencia ha analizado de forma pormenorizada los motivos por los que considera que la actuación seguida por los actores en los interdictos había sido reveladora de mala fe, con la indicación de fueron dos los procedimientos interdictales planteados, sin que en el primero hubieran querido integrar correctamente su demanda a pesar de ser conocedores de la excepción planteada; que no cumplieron lo pactado en el contrato de permuta de 30 de abril de 1998, donde se determina claramente que se obligaban a soportar la obra, sin perjuicio de establecer también que los actores les habían requerido para que otorgasen la escritura pública de permuta, no debiéndose olvidar que los otros dos hijos de doña Coro y hermanos de don Luis, habían mostrado su conformidad con los planteamientos de la demandante y, entre ellos, su pretensión de elevar a público aquel contrato privado; que presenciaron en todo momento las obras de derribo del inmueble sin formular oposición alguna, y que sólo después se opusieron a las obras de construcción del edificio; para terminar con la mani-

festación de que, a la vista de los indicados antecedentes, la Sala consideraba procedente la reclamación de daños y perjuicios.

Esta Sala acepta la argumentación recién reseñada de la sentencia de instancia y entiende que constituye fundamentación suficiente para considerar que los ahora recurrentes han obrado de forma que hacia viable la petición de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada, amén de que en el motivo se hace supuesto de la cuestión al establecer apreciaciones jurídicas a partir de hechos diferentes de los vinculantes fijados por la Sala de instancia. (**STS de 16 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una sociedad constructora demandó a dos personas en reclamación de los daños y perjuicios originados por diversos interdictos de obra nueva, que paralizaron las obras. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda al apreciar la cuestión procesal de litispendencia. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo acogió y estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a indemnizar los daños y perjuicios causados, apreciar mala fe al interponer los interdictos. Instado el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L. F. R. S.*)

67. Ley de Costas de 1988. Falta de transferencia patrimonial a favor de los concesionarios en concesiones otorgadas por el plazo de 99 años.—La DT 2.^a.2 LC 1988 establece que «[l]os terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuará siendo de dominio público en todo caso».

De esta Disposición Transitoria no se infiere la desafectación de los terrenos de dominio público que pudieran haber sido objeto de concesiones de desecación de marismas, sino el mantenimiento de la situación jurídica en que se encontraran los expresados terrenos en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas 1988.

La jurisprudencia contencioso-administrativa (STS, Sala 3.^a, de 1 de julio de 2002, recurso núm. 6319/1994) ha admitido que las concesiones administrativas podían producir la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada cuando dichas concesiones eran a perpetuidad, bajo el imperio de la legislación precedente para sanear marismas y destinárlas a la acción urbanizadora. La conversión jurídica en terrenos privados sólo tenía lugar si así se deducía de las propias cláusulas de la concesión otorgada bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880, pero no en el supuesto de concesiones en que se denegó el otorgamiento a perpetuidad. La STS de 1 de julio de 2002 confirmó la falta de transferencia patrimonial a favor de los concesionarios en concesiones otorgadas por el plazo de 99 años para el saneamiento de las marismas con el fin de establecer en los terrenos desecados una industria.

Acto unilateral de la Administración. Inaplicación de la figura del enriquecimiento injusto.—La doctrina del enriquecimiento injusto no puede ser aplicada en el ámbito de una relación jurídica surgida de un acto unilateral de la Administración aceptado por el administrado, como es la concesión. Rei-

teradamente ha declarado la jurisprudencia que los negocios jurídicos están sujetos al régimen que preside legalmente su nacimiento y su desarrollo, el cual no puede resultar modificado por las normas sobre enriquecimiento injusto, las cuales están llamadas a subvenir a situaciones de desplazamiento patrimonial sin causa no reguladas específicamente por el ordenamiento jurídico.

Sistema de fuentes. Dudas en la solución de una cuestión jurídica.—Con arreglo al sistema de fuentes establecido en el artículo 1 CC la existencia de dudas en la solución de una cuestión jurídica no comporta el reconocimiento de una laguna legal que deba resolverse mediante la aplicación de principios generales del ordenamiento si las dudas pueden resolverse mediante la aplicación directa de la ley, interpretada por la jurisprudencia.

Equidad.—El artículo 3.2 CC dispone que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. (**STS de 31 de julio de 2009**; no ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.]

HECHOS.—En el año 1964 se solicitó la parcelación y aprovechamiento como solares industriales de fincas situadas en una marisma. Por OM de 24 de febrero de 1965 se concedió la autorización. El 9 de septiembre de 1969 se extendió acta de reconocimiento y recepción de las obras de cierre y relleno de la marisma. Por resolución de la Dirección General de Puertos de 21 de octubre de 1970 se aprobó el acta, considerando que las obras estaban terminadas conforme a proyecto.

La concesión al inicial titular de los derechos sobre la marisma contenía una reserva de titularidad a favor de la Administración concedente, fijaba un plazo de explotación (99 años) y señalaba que se hacía sin cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado.

El concesionario solicitó de la Administración que dejase sin efecto el plazo de la concesión y recurrió en vía administrativa y judicial. La STS, Sala 3.^a, de 19 de octubre de 1966 estableció que la concesión se hacía por el plazo de 99 años y no a perpetuidad, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

Determinadas sociedades, como sucesoras en la titularidad de los derechos otorgados en su día sobre los terrenos de la marisma, interpusieron acción reivindicatoria contra el Estado sobre los expresados terrenos.

El Juzgado desestimó la demanda, decisión que confirma la Audiencia Provincial. Contra dicha sentencia interponen recurso de casación las sociedades demandantes, recurso que es desestimado por el Tribunal Supremo. (*B. G. F.*)

68. Acción declarativa de dominio. Zona marítimo-terrestre.
Requisito de identificación de la finca como de propiedad privada.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (v. gr., SSTS de 8 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2004), en el caso de fincas de la zona marítimo-terrestre no hay identificación de la finca —elemento esencial de la acción declarativa de dominio— si no media deslinde administrativo aprobado y sujeto a recurso contencioso-administrativo. A falta de tal deslinde, se desconoce cuál es la

parte de la finca cuyo dominio puede ser declarado como propiedad privada, de manera que no alcance a la zona marítimo-terrestre, de dominio público.

Régimen jurídico de la zona de marismas. Dominio público.—Conforme a la normativa actual, no existe duda de que el régimen jurídico de la zona de marismas es el correspondiente a los bienes de dominio público [arts. 3, 4.2 LC y 3.1.a) y 5.2 RC]. Así se ha declarado expresamente por el Tribunal Supremo respecto a las marismas de Huelva (SSTS de 8 y 21 de mayo de 2008). (STS de 23 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El titular de una concesión para el saneamiento y desecación de unas fincas en terreno de marisma ejercita acción declarativa de dominio contra la Dirección General de Costas pretendiendo la declaración de propiedad a su favor sobre las mencionadas fincas. La concesión, otorgada en 1950 y transmitida en 1957 al actual titular, se otorgó a perpetuidad para sanear la zona con destino al cultivo de eucaliptos, previéndose en la misma que quedaba a salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de tercero. El concesionario demandante alega sin embargo que, ejecutadas las obras de desecado, los terrenos dejaron de ser parte de la zona marítimo-terrestre, al no estar encharcados, y que la concesión a perpetuidad otorgada lleva aparejada la transmisión de la propiedad a favor del concesionario, una vez terminadas las obras de saneamiento y desecación, produciéndose la desafectación de un bien de dominio público.

La demanda es desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial desestima el recurso, por considerar que falta el presupuesto de identificación de las fincas como de propiedad privada y que la concesión otorgada a perpetuidad no afecta al derecho de propiedad. El concesionario demandante interpone entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

69. Aplicación al dominio público de los principios de legitimación ex artículo 38 y de fe pública registral ex artículo 34 LH.—De acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS de 26 de abril y 22 de julio de 1986), ninguno de estos principios es aplicable al dominio público. En primer lugar, respecto al principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues éste es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada. En segundo lugar, respecto al llamado principio de fe pública registral, el bien de dominio público, *extra commercium*, no es objeto de transmisión y no cabe alegar su adquisición como tercero hipotecario.

Doctrina de los actos propios.—Junto al carácter inequívoco y definitivo que ha de predicarse del denominado acto propio, éste ha de ser válido y eficaz para que sea efectivamente oponible a su autor, lo que tiene una especial significación cuando se trata del demanio natural, al ser el mismo absoluta-

mente inalienable, imprescriptible, inembargable e indesafectable. Así, el principio de legalidad resultaría conculado si se diera validez a una acción de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se haya decidido por la misma o porque responde a un precedente de ésta. (**STS de 22 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El abogado del Estado ejercita acción declarativa de dominio con la pretensión de que se declare de dominio público perteneciente al Estado e integrado en el dominio público hidráulico, el paraje denominado «Lagunas de Ruidera», las aguas situadas en el mismo y su curso de comunicación comprendiendo los terrenos cubiertos por las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al concluir que, de acuerdo con el Registro de la Propiedad, se trata de lagunas de dominio privado, que en su día fueron vendidas a particulares por el propio Estado. La Audiencia Provincial, por el contrario, declara la pertenencia de las mencionadas lagunas al dominio público hidráulico, por formar parte del río Guadiana. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. C. C. M.*)

70. Presupuestos de la acción de deslinde. Incertidumbre de linderos.—Dado que la acción de deslinde persigue poner claridad en una linde incierta, resulta procedente cuando los límites de los terrenos están confundidos de tal forma que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad (SSTS de 30 de junio de 1973, 27 de mayo de 1974, 27 de abril de 1981 y 14 de octubre de 1991). En caso de segregación de una parte de una finca, la incertidumbre nace de la propia fijación de linderos efectuada en el contrato, cuando alguno de ellos queda como incierto. La necesidad del deslinde no queda desvirtuada por el hecho de que el comprador haya efectuado una delimitación unilateral mediante cerramiento de lo que entiende que le corresponde, pues tal actuación no puede ser por sí definidora de su derecho.

Doctrina sobre la venta de un inmueble como cuerpo cierto.—Señala el Tribunal Supremo que la venta de una finca como cuerpo cierto comporta la necesidad de una fijación clara y precisa de los linderos —tal como pueden ser los accidentes geográficos, caminos, elementos delimitadores de fincas contiguas, etc.—, de modo que, determinado el objeto, la fijación de la superficie de la finca no resulta incluso esencial, pues el vendedor y el comprador convienen en la transmisión de un espacio concreto y conocido por ambos (SSTS de 4 de abril de 1979 y 10 de mayo de 1982). No se cumplen estos presupuestos cuando no están perfectamente definidos los linderos por los cuatro puntos cardinales ni, en concreto, cuando por alguno de los puntos se afirme que se linda con el remanente de la finca matriz de la que se segregó la finca vendida; en tales casos, será siempre necesaria la determinación de la superficie vendida para poder delimitar la finca. (**STS de 29 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los propietarios de una finca vendieron en sucesivos contratos sendas parcelas de la misma, segregadas de ésta, manteniendo su propiedad sobre el resto de la finca. Doce años después, los vendedores solicitan judicialmente la práctica del deslinde de las fincas señaladas, fijándose entre ellas la línea divisoria. Comparecen como demandados el comprador de las dos parcelas segregadas y los arrendatarios de las mismas, permaneciendo en rebeldía los propietarios de las demás fincas colindantes con las fincas litigiosas. La demanda es estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por el comprador de las parcelas segregadas y los arrendatarios de las mismas, la Audiencia Provincial estima el recurso únicamente en relación a las costas procesales. Los recurrentes plantean entonces recurso de casación, alegando la inexistencia de los presupuestos para el ejercicio de la acción de deslinde, al no existir confusión de linderos, ya que se trató de ventas como cuerpo cierto, con perfecta expresión de los linderos de las fincas vendidas. (A. M. M.)

71. Propiedad horizontal: determinación del carácter de un sótano como elemento común o privativo.—Para determinar el carácter privativo o común de un sótano habrá que estar en primer lugar a lo establecido en el título constitutivo. Los sótanos no tienen la consideración de elementos comunes por sí mismos y sí la de anejo de las partes privativas (art. 396 CC). A pesar de ello, dado que ni el artículo 396 CC ni el artículo 3 LPH hacen una descripción cerrada y exclusiva de los elementos comunes, sino meramente enunciativa, por la voluntad unánime de los propietarios del inmueble esta calificación puede variar (SSTS de 15 de mayo de 1985; 22 de diciembre de 1994; 17 de diciembre de 1997 y 30 de julio de 2003). No obstante, el uso común que de una parte de un elemento privativo haya podido realizar la comunidad resulta intrascendente para cambiar su calificación si no se ha formulado demanda de usucapión, ni el tiempo del uso ha sido determinante para establecer unas consecuencias jurídicas distintas, ni en el título constitutivo existe ninguna manifestación relativa a la incorporación a las partes comunes de la Comunidad. (**STS de 22 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La mercantil B. S. L. interpone demanda contra la Comunidad de Propietarios donde solicita que se declare que la planta sótano del inmueble le pertenece de forma privativa.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la naturaleza privativa del sótano, en virtud de la certificación registral aportada por la actora. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y considera parte del sótano como un bien común, ya que dicha porción del mismo se utilizó temporalmente como vivienda del portero del inmueble y para un posterior arrendamiento, con la tolerancia de la titular. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (S. E. M.)

72. Propiedad horizontal: nulidad de acuerdos para realizar obras en elementos comunes por falta de unanimidad (art. 7 LPH).—En virtud de los artículos 3. a), 7, 12 y 17 LPH y de reiterada jurisprudencia (SSTS de 5 de marzo y 17 de abril de 1998; 5 de mayo de 1999; 5 de mayo y 24 de junio de 2000 y 15 de diciembre de 2008), las obras que implican una modificación de la cubierta de un edificio para el beneficio exclusivo de uno de los comuneros requieren que la adopción del acuerdo sea por unanimidad y no por mayoría. Esto se debe a que dichas obras implican la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad. Si bien es cierto que las reglas de aprobación de los acuerdos sociales ha de someterse a una interpretación conforme con la realidad social actual para evitar situaciones de abuso (SSTS de 13 de marzo de 2003 y 8 de mayo y 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2008) el derecho de un comunero a disentir de un acuerdo para evitar que se alteren los elementos comunes en beneficio exclusivo de otro comunero es un derecho plenamente justificado y, en este caso, la exigencia de unanimidad no supone un ejercicio anormal o abusivo del derecho. (**STS de 16 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don D. y doña O. cuestionan el acuerdo adoptado por la Comunidad de Propietarios demandada, por el que se aprueba por mayoría y no por unanimidad las obras consistentes en la apertura de unos lucernarios en la cubierta del edificio.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial fueron desfavorables a la demandada, ya que consideran nulo el acuerdo adoptado por mayoría al implicar la realización de obras en un elemento común. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

73. Propiedad horizontal. Arrendamiento independiente de trasteros anejos a viviendas.—El Tribunal Supremo declara ajustado a derecho el acuerdo de la Junta de propietarios que prohíbe el arrendamiento independiente de los trasteros anejos a viviendas. El arrendamiento de estos anejos como apartamentos independientes de la vivienda no sólo supone una modificación unilateral del destino establecido para los mismos en el título constitutivo, sino que es una actividad contraria a la ley (art. 7.2 LPH) cuando las ordenanzas municipales prohíben este tipo de arrendamientos a fin de evitar el aumento no autorizado de la densidad de viviendas.

Propiedad horizontal. Régimen de adopción de acuerdos interpretativos de los estatutos o del título constitutivo.—No requiere de unanimidad la adopción de un acuerdo que no suponga alteración del título constitutivo o de los estatutos de propiedad horizontal y que se limite a ratificar éstos o a aclarar su contenido o los límites de los derechos de los propietarios establecidos conforme a dichos textos. (**STS de 22 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La propietaria de una vivienda en un edificio en propiedad horizontal interpone demanda de nulidad de un acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, en el que se prohíbe arrendar

como apartamentos independientes los trasteros anejos a las viviendas. La demandante alega, entre otros argumentos, que el acuerdo impugnado es contrario a los estatutos y a su derecho de propiedad sobre la vivienda y sus anejos, así como que implica una contradicción con un acuerdo anterior en el que la comunidad autorizaba a utilizar los trasteros para soluciones distintas del depósito o de la guarda de objetos. La demanda es desestimada en primera instancia, e igualmente se desestima el recurso de apelación interpuesto posteriormente por la demandante. Ambas sentencias consideran que no hay vulneración de la legalidad vigente y que el acuerdo anterior al impugnado no autorizaba a alquilar los trasteros como apartamento independiente, sino a otros posibles usos, y siempre a cargo de los ocupantes de la vivienda a la que correspondieran los trasteros como anejo; autorizar el arrendamiento independiente de los trasteros implicaría, además, duplicar el número de viviendas en la urbanización, aumentando con ello la densidad de viviendas, lo que es contrario a las ordenanzas municipales. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

74. Propiedad horizontal. Acuerdos de cerramiento de zonas comunes.—Para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de una urbanización, mediante puertas o cancelas, es doctrina jurisprudencial que se han de respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos según las normas legales y reglamentarias que regulen esta materia (SSTS de 5 de diciembre de 1989, 30 de enero de 1996 y 3 de marzo de 2003).

Propiedad horizontal. Adopción de acuerdos perjudiciales para un comunero. Abuso de derecho.—El Tribunal Supremo recuerda que no se puede adoptar un acuerdo que perjudique a un propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo. En este contexto, el abuso de derecho —consistente en la utilización de la norma por la comunidad con mala fe civil en perjuicio de un propietario— está contemplado en el artículo 18.1.c) LPH. Cuando el acuerdo adoptado por la comunidad afecta negativamente a uno de los propietarios integrados en la misma, no puede considerarse general el beneficio de la comunidad. (**STS de 16 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de una urbanización, ante las molestias que ocasiona el tránsito de personas ajenas a la misma por las zonas comunes, adopta el acuerdo de cerrar la finca. Esto perjudica al propietario de un restaurante enclavado en los terrenos de la urbanización, quien interpone demanda solicitando la nulidad del citado acuerdo. Desestimada demanda en primera instancia y recurrida en apelación la sentencia por el demandante, la Audiencia Provincial estima el recurso, sobre la base de que, para adoptar un acuerdo de ese tipo, se han de contrastar los diversos intereses implicados, buscando una satisfacción de todos ellos, y que, en este sentido, el acuerdo adoptado para el cerra-

miento de la urbanización no precisa los detalles sobre los horarios y el sistema de cierre, que son importantes para un entendimiento entre los afectados. Tras esta sentencia, la Junta de propietarios adopta por mayoría un segundo acuerdo en el que precisa las formas de cierre, acuerdo que se adopta a propuesta unilateral del presidente, sin que previamente se haya puesto éste en contacto con el propietario del restaurante afectado para contrastar intereses. Conforme al nuevo acuerdo, la entrada al restaurante queda condicionada a un sistema de apertura eléctrico, que implica que los potenciales clientes han de solicitar la entrada y ésta se ha de facilitar desde el local comercial.

El propietario del mencionado local comercial interpone entonces demanda contra este segundo acuerdo, solicitando la nulidad del mismo. La demanda es estimada en primera instancia, fallo contra el que interpone recurso de apelación la comunidad de propietarios. La Audiencia Provincial estima el recurso, alegando que la comunidad ha actuado dentro del marco de competencias conferido por el artículo 14 LPH y que el acuerdo no impide el uso de los establecimientos comerciales por personas ajenas a la comunidad. El propietario del local afectado interpone entonces recurso de casación. (A. M. M.)

75. Gastos objeto de individualización: artículo 9 LH.—Pese a la imperatividad del artículo 9 LH de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, el citado precepto admite, como excepción a la regla general, que determinados gastos puedan tener consideración de individualizables y, en consecuencia, permite al propietario de un piso o local no abonarlos. Para que se produzca este privilegio es preciso que aparezca la exclusión en el título constitutivo o, en su caso, en los estatutos comunitarios y también cabe que se decida en Junta de propietarios mediante acuerdo tomado por unanimidad. Se entiende, pues, que en estos casos prevalece el principio de autonomía contractual. (**STS de 29 de mayo de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ramón García Varela.]

HECHOS.—Una asociación de copropietarios ejerce una acción de impugnación de los puntos segundo y tercero de la Junta general ordinaria celebrada en febrero de 2001 por la comunidad de propietarios del complejo urbanístico en el que se encuentran las parcelas pertenecientes a los miembros de la asociación. Según los demandantes, la nulidad de esos puntos deriva de que no se acordó por unanimidad el establecimiento de una distribución de gastos que era disconforme con la fijada en los estatutos sociales, según los cuales, los propietarios de las parcelas en las que no se hubiera edificado un chalet no tendrían que soportar los gastos relativos a mantenimiento de viales, depuradoras, luz y basuras.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de dichos acuerdos. Por el contrario, la Audiencia Provincial rechazó íntegramente la demanda inicial, por entender que es conforme a derecho la individualización de los servicios acordada en el punto tercero del acuerdo impugnado, en cuanto se impone sólo a los propietarios de las edificaciones que efectivamente los

consumen. En consecuencia, obliga a los condueños a asumir su pago en proporción a su cuota de participación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la asociación. (*M. C. C. M.*)

76. Quórum necesario para el cerramiento de una zona común.—No es necesaria la unanimidad para el cerramiento de una zona común (en el caso, un jardín frontal al edificio), cuando dicho cerramiento no causa ningún perjuicio a los locales ni a los vecinos. Cuando ni dificulta el acceso a los locales, ni impide el uso comunitario de la zona común, a la que se accede cómodamente por los vecinos, sino que de lo que se trata es de impedir el acceso a la misma a cualquiera que transite por allí, no se requiere la unanimidad, pues se trata de algo que beneficia a la generalidad.

Quórum necesario para el arrendamiento de una zona común.—El arrendamiento de un elemento común, cuando no se limita el uso o utilización de ninguno de los copropietarios, ni se les priva de ventaja alguna, directa o indirecta, con beneficio para los comuneros, es un supuesto de acto de administración para el que es suficiente la mayoría. Esta solución responde a la adopción de un criterio flexible, en armonía con las directrices de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (atención a la realidad social de los hechos; función económico-social del régimen de propiedad horizontal; logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de la justicia; contemplación de las relaciones de vecindad, trascendencia de la materia y necesidades de la colectividad como factores valorativos para la decisión de problemas). (**STS de 3 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes, como propietarios de tres locales comerciales existentes en el edificio A, interpusieron demanda contra la comunidad de propietarios de dicho edificio, en ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en Junta extraordinaria, relativos al cerramiento de acceso central al jardín del edificio desde el paseo marítimo, y el arriendo del jardín frontal del edificio para la instalación de un minigolf.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando nulo el acuerdo relativo al arriendo del jardín y la validez del relativo al cerramiento. Esta validez se basó en considerar probado que los locales tienen acceso por otra calle y que el demandante no probó que el cerramiento perjudicaba gravemente su funcionamiento comercial. En el caso del acuerdo declarado nulo, se basó en que el arriendo e instalación del minigolf implicaría que no podría usarse el jardín por todos los propietarios para acceder caminando o con vehículo, por lo que es necesaria la unanimidad.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado por la comunidad de propietarios. Declara la validez de ambos acuerdos. Del relativo al arriendo del jardín, indicó que la oposición al arrendamiento no está justificada cuando proviene de un único propietario, cuyo interés no es el mantenimiento del jardín, sino la posibilidad de acceso. El uso que se prevé hacer de la zona arrendada no supone en sí mismo una notable alteración del previsto en el título constitutivo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los propietarios de los locales. Confirma la validez de los dos acuerdos. El relativo al cerramiento, porque no dificulta el acceso a los locales ni causa ningún perjuicio a los vecinos. El relativo al arriendo, porque no se ha apreciado incompatible con el uso de jardín, no suponiendo una notable alteración del uso previsto en el título constitutivo, ni que perjudique a ninguno de los copropietarios. Además, supone un beneficio para la comunidad demandada, en cuanto supone una fuente de ingresos para la misma. Por tanto, no es necesaria la unanimidad para la adopción de los acuerdos mencionados. (S. L. M.)

77. Propiedad horizontal: consentimiento tácito para la realización de unas obras en elementos comunes.—Según jurisprudencia reiterada (SSTS de 16 de octubre de 1992, 13 de julio de 1995; 24 de julio de 2004 y 23 de octubre y 15 de noviembre de 2008), si bien el conocimiento no equivale a un consentimiento, en ciertos casos, cabe interpretar la inactividad de una comunidad de propietarios y de sus integrantes como un consentimiento tácito, cuando éstos conocedores de la realización de unas obras que hubieran requerido un consentimiento unánime se mantienen en silencio durante un largo periodo de tiempo. De esta forma, el cerramiento de un patio común realizado unilateralmente por un comunero sin que durante un largo periodo de tiempo se hubiera manifestado ningún tipo de impugnación a pesar de su notoriedad, puede interpretarse como un consentimiento tácito, dado que del comportamiento de los interesados resulta implícita su aquiescencia. (**STS de 16 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña I. demanda a don J. L. a reponer el patio de luces existente en el edificio al estado en el que éste se encontraba antes de que hubiera realizado las obras de cerramiento que actualmente existen y que ejecutó sin el debido consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia considera probado que las obras se realizaron sin el debido consentimiento. Sin embargo, dado que la antigüedad de su realización excede los veinte años y que durante ese periodo ni la comunidad ni los condominos han realizado oposición alguna, aprecia la existencia de un consentimiento tácito y unánime a la obra de cerramiento del patio, por lo que desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y considera que algunas de las obras se han realizado en un tiempo inferior a quince años, por lo que revoca la sentencia recurrida y estima la demanda. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (S. E. M.)

78. Comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual en habitaciones de hotel y otros espacios.—El Tribunal Supremo ha venido declarando, sobre todo a partir de la S de 16 de abril de 2007, que

la recepción o captación por un establecimiento hotelero de las señales de televisión y su posterior retransmisión para uso de los clientes mediante televisores instalados en las habitaciones y zonas comunes, constituye un acto de comunicación pública del artículo 20.1 LPI, por lo que resulta necesario el consentimiento del titular de los derechos. El carácter público o privado del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna, ni las habitaciones de hotel tienen la consideración de ámbitos estrictamente domésticos a los efectos del precepto señalado.

Tarifas establecidas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en concepto de comunicación pública de contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual.—Según el Tribunal Supremo, hay que tener en cuenta dos cosas. Por un lado, las entidades de gestión elaboran un manual de tarifas que puede servir de punto de partida para la fijación de la suma debida. Sin embargo, por otro lado, su elaboración unilateral en relación con la situación privilegiada de la entidad de gestión y la falta de datos objetivos para contrastar su adecuación a las circunstancias, hace difícil para el órgano judicial concretar un precio que guarde relación razonable con el valor económico del servicio prestado. Además, la determinación equitativa de la remuneración no constituye un criterio de mero arbitrio del Tribunal. Para una ponderación razonable sería preciso disponer de una serie de datos que sirvieran de pautas (por ejemplo, informe de expertos, comparación con los precios de otras entidades de gestión, tipo y entidad del establecimiento, temporalidad de apertura...). Ante su falta, sólo cabe una doble opción: remitir la determinación a otro juicio o aplicar dichas tarifas generales en orden a corregir el abuso o exceso denunciado, permitiendo una resolución más rápida de la controversia. (**STS de 18 de mayo de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Un hotel viene comunicando públicamente contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual en las habitaciones del establecimiento, mediante los aparatos de televisión, y en los espacios comunes, sin contar con la debida autorización y sin pagar la correspondiente remuneración. Una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual interpone demanda reclamando dicha remuneración.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, considerando que se trata de actos de comunicación pública a los efectos del artículo 20 LPI, y que la consideración del carácter doméstico de las habitaciones de los hoteles se circunscribe únicamente al ámbito penal.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y entiende que las habitaciones sí constituyen un ámbito estrictamente privado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual y condena al titular del hotel al pago de la remuneración correspondiente, tomando como base las tarifas generales establecidas por aquélla pero reduciéndolas a una sola emisión por día y habitación ocupada. En cuanto al índice de habitaciones ocupadas, dada la falta de prueba, cuya aportación incumbía a la demandada, debe tomarse en cuenta el porcentaje de ocupación señalado en la demanda en relación con el número de habitaciones. (*S. L. M.*)

79. Extensión de la hipoteca: interpretación del artículo 112 LH.—El «tercer poseedor» al que se refiere el citado precepto, lo ha de ser en concepto de «dueño». (STS de 21 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En enero de 1990, don L. celebró con una entidad mercantil un contrato de ejecución de obra para la construcción de un hotel sobre terrenos de su propiedad. Don L. falleció en octubre de 1991, una vez iniciada la ejecución del contrato, y sus herederos constituyeron en mayo de 1992 hipoteca para financiar los gastos generados por la construcción que se había acometido. Meses antes, se había constituido una sociedad de la que forman parte los referidos herederos, que cedieron a la sociedad el uso gratuito del hotel para su explotación durante veinticinco años al final de cuyo periodo revertiría a los mismos, entregándole para su uso la obra ya construida con obligación por parte de la mercantil de sufragar el importe del resto de las obras por realizar.

En marzo de 2000 don B. compró a la entidad bancaria el crédito garantizado con hipoteca y, ante el impago de las amortizaciones del mismo, inició proceso de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia. En dicho proceso se personó la mercantil a la que se le había cedido el uso solicitando la exclusión de ciertas construcciones y elementos incluidos en la finca hipotecada, por entender que no les afectaba la garantía. Al ser rechazada dicha pretensión, la mercantil decidió interponer demanda de juicio ordinario contra los herederos de don L. y contra el adquirente del crédito garantizado con hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó la demanda, absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

80. Requerimiento previo de pago a terceros poseedores.—El artículo 131, regla 3.^a, apartado tercero, LH, en su redacción vigente en el momento del proceso que ahora reseñamos, disponía que, junto con la demanda, el actor debía presentar «acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble». A continuación, la regla 4.^a establecía que el Juez reclamaría del Registrador de la Propiedad, a instancia del actor, certificación comprensiva de determinados extremos y, entre ellos, la «inscripción literal de la última inscripción de dominio o de posesión, en su caso, que se haya practicado y se halle vigente». Así, si de la certificación del Registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión no hubiese sido requerida de pago, se notificará a la misma la existencia del procedimiento para que pueda, si le convinieren, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca, según impone la regla 5.^a. De esta manera, señala el Tribunal Supremo, el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido

del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente posterior de la finca hipotecada, sino que únicamente ha de hacerlo a aquél que le acreditó la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito.

Certeza del crédito hipotecario.—Los artículos 143 LH y 238 de su Reglamento se refieren a la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura, supuestos en que la garantía real se constituye antes del nacimiento de la obligación. En consecuencia, su efectividad queda condicionada a su nacimiento, por lo que la ley arbitra la fórmula para que conste la obligación en el Registro, una vez que exista, haciéndose constar mediante una nota al margen de la inscripción hipotecaria. (**STS de 28 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Se interpone demanda contra una Caja de ahorros y pensiones y contra una inmobiliaria, donde los actores ejercitan acción de nulidad de un procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado por la vía del artículo 131 LPH, así como acción de indemnización de daños y perjuicios. Los demandados se opusieron a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de falta de legitimación activa de una de las actoras. En cuanto al fondo, desestimó la demanda. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos también.

En casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 131.3.^a3 LH, al no haberse efectuado requerimiento previo de pago a los demandantes en su condición de terceros poseedores de las fincas hipotecadas, realizándose a los mismos simplemente la notificación a que se refiere el artículo 131.5.^a LH, que consideran insuficiente a los efectos previstos en la norma. Señalan que se infringió lo dispuesto por dichas normas, ya que resultaba preciso el requerimiento inicial de pago, pese a que no habían acreditado ante el acreedor la adquisición de los inmuebles hipotecados, dado que tal adquisición constaba en el Registro de la Propiedad. Considera el Tribunal Supremo que tal conocimiento existió por la propia notificación de la existencia del procedimiento a los terceros adquirentes, que pudieron así liberar sus fincas de la ejecución mediante el pago de las responsabilidades a que se hallaban sujetas, debiendo entenderse que la extensión de tal responsabilidad al pago de costas se corresponde con su conducta omisiva al no haber acreditado previamente la adquisición ante el acreedor hipotecario.

Además, se alega la infracción de los artículos 143 LH y 238 de su Reglamento, al no existir certeza del crédito hipotecario, según la parte recurrente, dado que en las actas de entrega diferida de capital por la entidad acreedora no se procede a señalar la cantidad por la cual paulatinamente va respondiendo cada finca según el capital del préstamo que se va entregando. El Alto Tribunal también desestima este motivo, pues, a su juicio, no se trata de una división del crédito entre las distintas fincas hipotecadas (art. 124 LH), que es a lo que se refiere la parte recurrente, ya que en el caso el crédito subsistía sobre la totalidad de los bienes hipotecados (art. 122 LH), sin perjuicio de que, por razón del principio de especialidad esta-

blecido en el artículo 119 LH, se había determinado la cantidad máxima o parte de gravamen de que había de responder cada una de las fincas hipotecadas. (S. L. M.)

81. Inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 129.2 LH.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de mayo de 1998, 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008), ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición prevista en el artículo 129.2 LH, lo que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario. Concretamente, dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Al tratarse de una norma vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978, la derogación se entiende producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la DD de la Constitución Española desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional, sin perjuicio de que sean los tribunales los que la declaren en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. (STS de 25 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una sociedad anónima formula demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra otra mercantil por la que solicita que se declare la nulidad de una de las cláusulas de la escritura de constitución de hipoteca de 28 de abril de 1994 concertada con una entidad bancaria, cuyo crédito adquirió la demandada mediante escritura de cesión de julio de 1997. Así mismo, solicita la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecario seguido a instancia de la demandada y, en particular, de la adjudicación a la actora de dos inmuebles hipotecados.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda y declara la nulidad desde su inicio tanto del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada ante el notario, como de la adjudicación a la demandada de los dos inmuebles hipotecados. De igual forma, ordena librar los mandamientos necesarios a la notaría referida y al Registro de la Propiedad a fin de que se proceda a cancelar las inscripciones registrales causadas. Ambas partes recurren en apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia estimatoria del recurso interpuesto por la demandada, revocando la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (M. C. C. M.)

82. Retracto de comuneros. Inicio del plazo de caducidad.—El cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto legal, en caso de falta de inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad comenzará cuando se pruebe un conocimiento completo, cumplido y cabal que abarque no sólo al hecho de la venta, sino también la noticia exacta de

todos los extremos de la transmisión (S de 8 de junio de 1995), lo que se reitera posteriormente, en numerosa jurisprudencia (S de 7 de diciembre de 1998, S de 20 de octubre de 2005, S de 25 de mayo de 2007); negándose que el *dies a quo* sea el simple conocimiento de la celebración de la subasta, sino el completo conocimiento de la venta (STS de 14 de diciembre de 2007), en caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión –aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante– será éste el *dies a quo* (S de 26 de febrero de 2009).

El artículo 1524 parece claro respecto al *dies a quo* del retracto legal: la inscripción en el Registro de la Propiedad o, sólo en su defecto, si no se produce la inscripción, es desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. La jurisprudencia ha matizado que si antes de la inscripción el retrayente hubiera tenido conocimiento completo de la transmisión, la fecha de tal conocimiento sería el *dies a quo*. En caso de subasta administrativa, se entendió que el *dies a quo* fue la notificación de la adquisición y compraventa en escritura pública. En caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión –aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante– será éste el *dies a quo*; en otro caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad (S de 14 de diciembre de 2007). (**STS de 1 de abril de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de retracto legal de comunes por la parte actora, condueña de la finca enajenada, la parte demandada opone la caducidad de la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda, declarando existente el derecho de retracto alegado.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y, confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, confirmando las anteriores sentencias. (*M. R. D. R.*)

83. Derecho de retracto de carácter voluntario pactado en contrato de arrendamiento de industria o negocio. Efectos. Plazo.—La doctrina jurisprudencial actual de esta Sala reconoce al retracto voluntario el carácter de derecho real. Así SSTS de 29 de abril de 2005, número 322, y 22 de abril de 2008, número 281, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, números 1.^º y 2.^º, y 37.3.^º de la Ley Hipotecaria y 14 RH en cuanto permiten su inscripción.

Ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico, y de sentencias anteriores a las citadas podría deducirse otro criterio, aunque también es oportuno señalar que la Compilación de Navarra (Ley 460) permite la configuración con carácter real y la Ley de Cataluña 5/2006 (arts. 568-5 a 568-7) regula los derechos de adquisición voluntaria como derecho real. Y si bien, por otro lado, cabría cuestionar la atribución de la condición de derecho real cuando no concurren los requisitos generales que permiten el reconocimiento de las figuras atípicas dentro del sistema de *numeris apertus* generalmente aceptado, no se advierte en el caso problema alguno al respecto al no existir indeterminación en el plazo para su ejercicio por no operar la caducidad hasta haber transcurrido los seis meses del plazo de duración del arrendamiento (STS de 19 de noviembre de 1993) computados desde la fecha del preaviso de resolución contractual, ni objeción en ninguna otra perspectiva, pues no cabe ima-

ginar una exigencia de constancia registral, que la Ley no exige expresamente para la existencia del derecho real, y que vulneraría, por consiguiente, el principio de libertad constitutiva.

En cuanto al artículo 32 LH, [...] no es operativa la norma del mismo en la perspectiva de inoponibilidad de lo no inscrito cuando la propia demandada reconoce el conocimiento, previo a la perfección de la compraventa, de la cláusula arrendaticia controvertida, y, con independencia de la polémica doctrinal existente al respecto, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial exige, también para el tercero del artículo 32, la buena fe (SSTS, entre otras, 7 de abril de 2000, 28 de octubre de 2001 SIC, 11 de octubre de 2006), y ésta no concurre cuando se conoce lo que el Registro no publica –realidad extraregistral.

Concurrencia de derechos de adquisición preferente. Derecho de retracto (LAU). Efectos del retracto convencional.—Las normas relativas al retracto arrendaticio urbano no son expandibles al «retracto voluntario» dado que regulan un límite legal del dominio (SSTS 2 SIC y 6 de febrero de 1991, 22 de abril de 2008), y por ello no cabe la aplicación analógica, y en contra de tal expansión se manifestó la reciente S de esta Sala de 18 de mayo de 2006 que denegó la aplicación analógica del artículo 47.3 LAU, TR de 1964, [...] a una liquidación y división de una sociedad de gananciales.

Resolución del contrato de compraventa que imposibilita ejercicio efectivo del derecho de adquisición.—La resolución del contrato de compraventa que imposibilita el ejercicio efectivo del derecho de adquisición voluntario y la consiguiente retroventa del local objeto de éste no es viable cuando no resulta posible jurídicamente la subrogación. Ello es así cuando la subrogación postulada equivale a la compraventa de una sólo parte de la finca vendida con anterioridad por cuanto dicha compraventa exige un precio cierto en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC), que habrá de ser determinado, o determinable con arreglo a criterios válidos que permitan su precisión, sin que la falta de certeza pueda ser suplida por los Tribunales, del mismo modo que tampoco cabe su fijación unilateral, como declara la S de 25 de mayo de 2006. [...]

Falta de pago de la renta (LAU).—Es claro que no procede una condena a pago de las rentas una vez producida la resolución arrendaticia, porque las cantidades que se pudieran devengar por una posesión precaria ya no tienen tal carácter y resultaría incongruente su abono en la forma pedida, si bien suscita más dificultades la decisión acerca de las cantidades correspondientes al periodo de seis meses posteriores al ejercicio de la facultad resolutoria. Si tenemos en cuenta que [...] que durante seis meses desde el preaviso continuó la vigencia del arrendamiento, [...] procede estimar la pretensión ejercitada únicamente en relación con dicho periodo. (**STS de 13 de mayo de 2009**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre el ejercicio de un derecho de retracto –derecho de adquisición preferente–, voluntario, en cuanto que pactado en un contrato de arrendamiento de industria o negocio para el caso de que el arrendador –la mercantil O., vendiera el objeto del arrendamiento, suscitándose la controversia como consecuencia de que, vendido el edificio (finca registral) en cuyo sótano se hallan el local arrendado, las partes vendedora– O., y compradora –T., no reconocen el derecho de retracto ejercitado por el arren-

datario— E. El contrato de arrendamiento contiene también una cláusula según la cual la propiedad se reserva el derecho de dar por resuelto el arriendo, antes de finalización del contrato, con un preaviso de seis meses mínimo a la arrendataria para el caso de una venta urgente del local. Vendido el edificio a T., O. avisa a E. de la venta dando por resuelto el arriendo dentro de seis meses a partir del aviso.

En el Juzgado de Primera Instancia se acumularon dos demandas, una interpuesta por E. en la que ésta solicitaba se declarase haber lugar al retracto, en su día suscrito con O., y se condenase a la compradora de la finca a otorgar escritura de retroventa del local, objeto del retracto; y otra, interpuesta por T. contra E., en la que la primera solicitaba se declarase la resolución del contrato de arrendamiento, que unos años atrás O., la vendedora de la finca, firmó con E., por falta de pago de la renta y, en consiguiente, se ordenase el desalojo de E. del local que ocupaba.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de E., desestimando la formulada por T. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia, estimando íntegramente el recurso de apelación formulado por T. Recurrida la sentencia por E., el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso en parte al entender que el retracto interesado por E. obliga también a T., sin que sea posible condenar en la sentencia a T. a otorgar la escritura pública de retroventa del local, objeto de dicho derecho. Y finalmente, la demanda ejercitada por T. contra E. fue desestimada en cuanto a la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento y estimada parcialmente en cuanto a la condena al pago de las rentas adeudadas. (M. L. K.)

DERECHO DE FAMILIA

84. Separación matrimonial: pensión compensatoria: requisitos: desequilibrio: puede existir aunque ambos cónyuges trabajen.—No es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares. El argumento del recurrente es falaz y el término de la comparación es equívoco: no es que porque ambos trabajen ha dejado de producirse desequilibrio, sino que el artículo 97 CC utiliza un criterio diferente al de la pura existencia de ingresos económicos para la atribución del derecho a la pensión, y ello con independencia de que el argumento del recurrente pudiera ser más o menos convincente para una reforma de esta materia. Pero ésta es una cuestión que no corresponde determinarla a este Tribunal. No existe interés casacional, como resultado de la comparación entre los grupos de sentencias que el recurrente aporta, puesto que se trata de diferentes decisiones sobre la base de las situaciones de hecho examinadas y resuel-

tas en cada una de ellas y no pueden generalizarse como doctrina que, además, pueda ser considerada como contradictoria.

Temporalidad de la pensión: doctrina jurisprudencial anterior y posterior a la reforma del artículo 97.1 por Ley 15/2005.—Esta Sala 1.^a declaró como doctrina jurisprudencial en STS de 10 de febrero de 2005, seguida por las de 28 de abril y 19 de diciembre del mismo año y las de 9, 14 y 17 de octubre, y 21 de noviembre de 2008 que, en las condiciones y circunstancias que se describían, era posible la atribución de la pensión compensatoria con carácter temporal. Concretamente, la primera sentencia citada, dictada en interés casacional, dice que la ley —que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización de la pensión, se adecúa a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.

Además, el artículo 97.1 CC fue modificado en este sentido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y a partir de aquel momento se admite que la pensión puede consistir: *en una pensión temporal o por tiempo indefinido*. Por estas razones, el motivo carece de interés casacional. (STS de 17 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los ingresos del marido alcanzaban 6.000 euros mensuales, y los de la mujer, 1.500 euros. La única cuestión debatida era la concesión de 600 euros mensuales a la mujer como pensión compensatoria, sin limitación temporal. El Tribunal Supremo insiste en recordar que, antes de la reforma del 2005 ya era legalmente posible que los tribunales hiciesen uso de aquella posibilidad, pero nunca fue obligatoriedad o imposición legal. Doctrina plenamente de aceptar. (G. G. C.)

85. Separación matrimonial: efectos respecto de los hijos: fijación de las visitas del padre: interés del menor: prueba.—La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como *estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de la ONU de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, de 1992, y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, y las SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero.

Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren *esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa* (STS de 17 de julio de 1995), así como que *el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en materia de privación de la patria potestad, tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos*,

no puede ser objeto de recurso de casación. El recurrente está intentando que esta Sala dé un valor vinculante a los informes que figuran en el procedimiento, informes cuya naturaleza es preceptiva, pero no son vinculantes, por lo que apreciado el interés por la Sala sentenciadora y valorado éste de forma adecuada no resulta posible que prospere el recurso de casación.

Guarda y custodia compartida: no solicitada, ni otorgada: doctrina jurisprudencial.—El motivo tercero del recurso alega infracción del artículo 92 CC, después de la reforma de 2005, que admitió y reguló la figura de la guarda y custodia compartida, que aunque no se solicitó ni se ha otorgado en el presente caso, resulta de interés que la Sala fije la doctrina relativa a esta cuestión, puesto que se trata de una figura introducida recientemente en el Código, que recoge una nueva forma de establecer y determinar las relaciones paterno-familiares en los casos de ruptura cuando las circunstancias sean favorables. La nueva regulación permite acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (par. 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (par. 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el último supuesto, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativo a la *idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia* (art. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al juez una amplia facultad para decidir cuál deba ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la EM de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y regula su artículo 752.1 y 2. Además, en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC establece que el Juez debe *valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

En el presente caso la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92 CC, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el Tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma de 2005. (STS de 28 de septiembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Matrimonio celebrado en diciembre de 1996, hija común nacida en septiembre de 2000, sentencia de separación matrimonial en septiembre de 2004, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial en 2005. Casación resuelta cuando la menor cumple nueve años. Parece que se confirma la tendencia iniciada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, dirigida a aligerar la tramitación de estos recursos, al objeto de fallar en tiempo todavía útil para las partes, y especialmente en el presente caso, para la hija de ambos. Orientación digna de aplauso. (G. G. C.)

86. Derecho de visita de los abuelos maternos en el caso del fallecimiento de la madre: doctrina general.—La jurisprudencia tiene declarado en esta materia: a) Que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (STS de 20 de septiembre de 2002); b) Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende el padre, y nada impide que pueda comprender pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves períodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos (STS de 28 de junio de 2004); c) Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el *interés superior del menor* (STS de 20 septiembre de 2002), por otro lado no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre. (STS de 27 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

NOTA.—Gradualmente la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha ido configurando el derecho de visita de los abuelos, recientemente introducido en el artículo 160 CC por la reforma de 2003, y también respecto de la más abundante emanada de las Audiencias Provinciales incluso con anterioridad a la de dicha fecha por tratarse, entre nosotros, de institución de origen jurisprudencial. Se observa en el presente caso el deseo de resolver el recurso con mayor rapidez a fin de que resulte *útil* para todos los interesados (niño de cuatro años, y transcurso de un plazo de cinco años entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la del Tribunal Supremo). El supuesto es el fallecimiento previo de la madre y la existencia de malas relaciones del padre con la familia materna; su demanda estaba dirigida a establecer meros contactos personales de abuelos maternos y nieto en la casa paterna, y siempre con la presencia de un familiar paterno, oponiéndose a toda pernoctación en la casa de aquéllos. Tales pretensiones fueron rechazadas razonablemente en ambas instancias. Puede verse, en general, mi Cuaderno Civitas: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 noviembre de 2003* (Madrid 2004). (G. G. C.)

87. Desamparo de menores: medidas de protección: cuestiones que plantea la impugnación judicial.—El Código civil establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la

tutela del menor (art. 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (art. 173.3, II y 173 bis, 1.º, CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez, si los padres se oponen (art. 173 bis, 2.º y 3.º CC). Se establece que las resoluciones que aprecien el desamparo y declarén la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil (art. 172.6 CC) y que los padres pueden solicitar durante el plazo de dos años la revocación de la declaración de desamparo del menor si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 CC). En la aplicación de esta regulación se plantean dos cuestiones: 1) Si es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por el contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas. 2) Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reincorporación del menor en la familia biológica. Sobre estas cuestiones hay jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Modificación de circunstancias posterior al inicio del proceso: doctrina jurisprudencial.—La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia judicial pueda perjudicarlo (SSTS de 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005). Por su parte, la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama *la exclusión de la preclusividad* (SSTC 75/2005, de 4 abril, 58/2008, de 28 de abril), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella. El artículo 413 LEC consagra el principio de perpetuación de la acción, con la excepción prevista en el artículo 412 LEC, que admite formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso, y la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general que exigen que el proceso sea regido por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

Esto último sucede en el proceso que examinamos, en el que el Código civil ordena que *se buscará siempre el interés del menor* (art. 172, 4 CC); este

precepto atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* que rige en el proceso civil.

En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que «es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica: definición de ambos, concurrencia y prevalencia del primero en caso de contradicción.—El artículo 172.4 CC establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los menores desamparados, que *se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia*. Este principio, junto con el interés del menor, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 3 de diciembre de 1996, y en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 298/1993, de 18 de octubre. Estos principios considerados en abstracto constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. Se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (*se buscará siempre*) mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo (*se procurará*). Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la inserción en la familia. Cuando exista esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (*cuando no sea contrario a su interés*).

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los meno-

res. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural, pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

Esta orientación de nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional e internacional del *favor minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (art. 39 CE, Convenios internacionales de Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 abril), e igual sucede en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En conclusión, esta Sala sienta la doctrina de que «para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga su situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Requisitos del retorno a la familia biológica: no basta evolución favorable de la madre, que padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales: nuevas cargas familiares: interés de la menor en la situación de acogimiento familiar.—En el presente caso aunque se ha acreditado una evolución favorable en la situación de la madre biológica, pero no cabe asegurar que esta evolución sea suficiente para eliminar el riesgo de desamparo si se restablece la unidad familiar, pues entre otros factores depende de hechos circunstanciales, como su vida en pareja. El dictamen pericial manifiesta que la madre continúa padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales; pero esta posibilidad no aparece como suficientemente segura, por existir antecedentes de rechazo por la madre biológica de la ayuda de parientes y de los servicios sociales para la debida atención a la menor. Las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que se compense el interés del menor en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra, dados los hechos que se destacan en el informe pericial acerca de su edad y el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su satisfactoria integración en ella, la aparente falta de referencias parentales de la menor hacia su madre biológica registrada en la exploración, y el riesgo de desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje, comportamiento y posible depresión en el caso de ser reintegrada.

da a su familia biológica. El hecho de que la madre esté a cargo de un nuevo hijo no desvirtúa las conclusiones anteriores, pues este hecho no demuestra por sí mismo que la reinserción familiar de la menor que fue declarada en desamparo sea procedente; las cargas parentales revisten mayor dificultad cuando el número de hijos es mayor; y el interés de la menor objeto de este proceso debe ser considerado teniendo en cuenta no solamente las circunstancias de la familia biológica, sino también las derivadas de su actual situación de acogimiento. (**STS de 31 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Toledo, en S de 1 de julio de 2005 desestima la impugnación que M.^a del Pilar ejercita contra la declaración de desamparo de su hija Paulina (nacida el 13 de abril de 2001) y contra el acogimiento familiar preadoptivo de la misma, privándose en él del derecho de visita a la madre y a la abuela materna. La Audiencia Provincial de Toledo, el 21 de noviembre de 2006, estima el recurso de apelación interpuesto por M.^a del Pilar, declarando no haber lugar a la declaración de desamparo ni al acogimiento preadoptivo, con inmediata recuperación de la custodia de la menor. El recurso de casación se interpone por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y es estimado en la sentencia extractada.

NOTA.—Importante sentencia por la doctrina que sienta en relación con el controvertido artículo 172 CC, especialmente del vigente pár. 7, siendo de notar los argumentos que maneja la sentencia de apelación, reproducidos *in extenso*, así como los del recurso de la Junta de Comunidades y el escrito del Ministerio Fiscal.

Me parece muy positivo que se declare por la Sala 1.^a, como doctrina jurisprudencial que, al resolver sobre la impugnación de la declaración administrativa de desamparo, los Tribunales puedan tomar en consideración hechos nuevos que justifiquen la petición de retorno del menor al hogar biológico. Era uno de los argumentos del recurso de la Junta de Comunidades que, de ser patrocinado por el Tribunal Supremo, hubiera, sin duda, reforzado la posición de prevalencia de que la Administración pública goza ya en base al artículo 172.1. También me parece digno de loa que se haya intentado profundizar en el análisis de los dos conceptos-clave, del interés del menor y el de la familia biológica para lograr su retorno al hogar en que nació. Discrepo, sin embargo, en la valoración final que ha conducido a casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo cuyos argumentos —dejando a salvo cierto aire demagógico, de esta última, que no comparto—, me resultan más convincentes que los de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, aquí extractados con amplitud. ¿Por qué se exigen a los padres biológicos, cuya patria potestad está sólo *suspendida en caso de desamparo* de su hijo, requisitos más rigurosos para recuperar la plena guarda del mismo, que los que la ley no impone a cierto número de progenitores, acaso no reducido en nuestra actual realidad, en situación personal similar (*status* económico, intelectual y social) a la en que parece encontrarse en este caso, M.^a del Pilar? Los riesgos de recomponer la unidad familiar de ésta, inicialmente casada cuando tuvo a Paulina, y, al quedar viuda, actualmente viviendo en pareja de hecho, la cual

dice querer a ésta como hija, no son mayores que los de otros progenitores en cuya vida familiar no interviene para nada la Administración. Los déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales tampoco impiden a muchos españoles procrear hijos y educarlos sin problemas, aunque sean ayudados por los Servicios administrativos, Cáritas u otras ONG's. ¿No se produce, acaso, una irritante desigualdad en el trato? El sistema introducido en 1987, pese a las reformas, conduce, de hecho, a que muy difícilmente el menor pueda retornar a su hogar de origen cuando la Administración hace valer su prevalencia legal y fáctica, pese a que el Tribunal Constitucional haya declarado que el interés de los padres biológicos no resulta nada desdeñable. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

88. Sucesión testamentaria: interpretación de testamento: carácter obligatorio de sus disposiciones mientras respeten la legítima estricta del heredero forzoso.—Aparece una voluntad inequívoca del testador, soberano de su propia disposición *mortis causa*, quien partiendo de la institución de herederos a favor de sus tres hijos, no lo hace por partes iguales, sino que atribuye una serie de bienes al hijo mayor (demandante y recurrente) y otra serie, por mitad y *pro indiviso*, a las hijas, a favor de las cuales dispone también del resto de sus bienes; y la desigualdad la deja bien clara cuando la contempla expresamente en la cláusula cuarta imputando las que puedan favorecer a uno u otras de sus hijos al tercio de libre disposición o entendiéndose como mejora. Del resto, no adjudicado, pero respetando siempre sus disposiciones, nombra a una abogado como albacea-contadora-partidora con las más amplias facultades. Y, en todo caso, respetando la legítima, que la sentencia de instancia declaró que no se lastimó. En definitiva, el hijo varón se ha sentido discriminado y perjudicado, pero lo ha sido por disposición expresa, clara y correctamente interpretada en la instancia, por el testador, que le ha respetado su legítima estricta.

Aunque en el motivo 1.º del recurso se invoca como infringido el artículo 1056 CC, en su desarrollo se reconoce que lo hecho por el testador no es una verdadera partición, lo que es cierto, pero sí son normas vinculantes que se deberán respetar cuando se haga la verdadera partición. El motivo se rechaza porque en nada se ha infringido aquel artículo, que no se aplica porque no es partición por el testador, pero sí son disposiciones obligatorias.

El motivo 2.º alega infracción del artículo 765 CC que establece la norma interpretativa de la igualdad de cuotas de los herederos que han sido instituidos sin designación, lo que no es el caso, pues claramente cuando los instituye en la cláusula segunda elude la expresión *por partes iguales*.

El motivo 3.º mantiene la infracción del artículo 670, pár. 2.º, CC, que debe rechazarse porque la contadora-partidora en ningún caso actuó como un tercero que quebrantó la voluntad del testador. Sino, todo lo contrario, que la cumplió fielmente.

El motivo 4.º denuncia la infracción del artículo 808 CC, en cuanto establece la legítima de los hijos y descendientes en dos tercios, en relación con el artículo 823 que contempla la mejora en un tercio, pues la cláusula cuarta

del testamento establece expresamente la mejora al prever la imputación a la mejora si la designación sobrepasaba los límites del tercio de libre disposición. (**STS de 22 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (G. G. C.)

89. Sucesión de título nobiliario: doctrina general sobre interpretación de disposiciones testamentarias: testamento revocatorio.—El recurso invoca el artículo 741 CC para argumentar que el testamento no pierde su naturaleza por el hecho de que no contenga disposiciones sobre el patrimonio del causante, sino otros actos de última voluntad. Pero este argumento no es suficiente para la estimación del motivo pues el argumento principal de la sentencia impugnada radica en que, al no ser un testamento el documento de designación del sucesor al título, este documento no puede entenderse comprendido en el objeto de la revocación testamentaria formulada en un testamento posterior. En efecto, la sentencia recurrida no se funda únicamente en dicho razonamiento expresado, sino que contiene un argumento subsidiario, expresado también como razonamiento operativo y no auxiliar, según el cual, aun cuando el documento de designación del sucesor al título nobiliario, cuya validez no se discute en casación, tuviese la consideración de testamento, la interpretación de la voluntad del testador según el tenor del testamento y los actos previos y posteriores a su otorgamiento que *ponen de relieve la voluntad del causante de mantener la validez de dicho nombramiento*, revela que la posterior revocación de todos los testamentos anteriores no comprendió la designación de sucesor al título nobiliario.

Doctrina jurisprudencial sobre interpretación de testamento y sobre su revocación.—La jurisprudencia de esta Sala declara: a) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) que la misma es competencia de los Tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales, no sea arbitraria y no siente conclusiones ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley; y c) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador, pero cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto. Particularmente respecto de la revocación de testamentos la STS de 14 de mayo de 1996 declaró que la voluntad que se exige en el artículo 739,1 CC, para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la expresa, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas interpretativas del artículo 675 CC, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior. En el caso examinado, la interpretación de la cláusula de revocación de los testamentos anteriores efectuada por las sentencias recurridas no es arbitraria. No podría explicarse la sucesión de actos que se han descrito en el FJ 1.^º de esta resolución si la voluntad de la testadora hubiera sido la de revocar la designación de sucesor al título nobiliario. En efecto, había solicitado pocos días antes autorización real para efectuarla y le fue concedida pocos días después, sin que conste manifestación de disconformidad alguna expresa o tácita. (**STS de 28 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La minuciosa descripción fáctica —algunos hechos resultan contradictorios aparentemente entre sí, otros están sujetos a

normativas diversas, civil o administrativa— que recoge con gran acierto el FD 1.º, permite comprender mejor la sentencia extractada:

1) La última titular del Condado designa en testamento abierto de 5 de mayo de 1988, como heredera del título a la demandada; 2) el 11 de mayo de 1988, la última titular de aquél pide autorización a S.M. el Rey para designar sucesor; 3) El 14 de junio de 1988 la última titular del Condado otorga nuevo testamento revocando todos los anteriores; 4) El 6 de julio de 1988 se concede por RD la autorización solicitada para designar sucesor en el título de Conde; 5) El 26 de diciembre de 1988 la última titular del Condado falleció sin descendencia y con extinción de todas las líneas; 6) El 24 enero 1997 se mandó expedir la Real Carta de sucesión en el título de Condesa a favor de la demandada; 7) Una tercera persona ejerce acción personal para que se declarase la nulidad de la cesión del Condado y su mejor derecho al título. En ambas instancias se desestima la demanda y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación.

Suele calificarse de sucesión *irregular* o *anómala* la que tiene lugar en los títulos nobiliarios, por obedecer a principios diversos de la sucesión ordinaria *mortis causa* regulados en el Código civil o en los Derechos forales o civiles especiales. Lo cierto es que suelen utilizarse en el funcionamiento de aquélla algunos de los mecanismos jurídicos regulados en el Código civil, y un buen ejemplo de ello es el caso actual en el que las cuestiones debatidas en el recurso de casación versan exclusivamente sobre cuestiones de Derecho civil. Fundamentalmente se trata de la interpretación que debe darse a un testamento revocatorio de todos los anteriores, que se interfiere, un tanto extrañamente, con el proceso administrativo de designación de titular cuando se han agotado los parientes de todas las líneas. (G. G. C.)

90. Gananciales: calificación por declaración unilateral: adquisición por permuto con bien privativo.—La cualidad ganancial o privativa de un bien no depende de declaraciones unilaterales de los cónyuges, salvo el caso de la confesión con efectos limitados del artículo 1324 CC, sino que su naturaleza viene fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges. En el denominado *cuaderno particional* otorgado por el heredero fiduciario se declaraba que uno de los bienes, el ahora discutido, era ganancial, lo que, según se expresa en la sentencia recurrida, resultaba incorrecto a partir del examen de la prueba, al haber sido adquirido por la esposa en virtud de un contrato de permuto con un bien propio. Por ello se ha destruido, en su respecto, la presunción de ganancialidad y debe aplicarse el artículo 1346.3 CC que declara privativos aquellos bienes adquiridos *a costa o en sustitución* de los bienes privativos, de modo que se incluye tanto la subrogación real, como la permuto. Probado el contrato en cuestión, lo único que hace la sentencia recurrida es declarar la naturaleza del bien, de acuerdo con las reglas aplicables, que no pueden ser cambiadas más que por las declaraciones de los cónyuges en los negocios jurídicos que puedan efectuar o cuando cambien de régimen económico matrimonial, pero no es posible mantener la declaración unilateral de uno de ellos en un inventario de bienes otorgado después de la muerte de la propietaria, porque no pueden alterarse de esta manera las reglas que rigen el régimen de bienes.

Fideicomiso de residuo: mejoras debidas al fiduciario: requisitos.—Los fideicomisarios son sucesores de la causante/fideicomitente, y ello trae como consecuencia que no se produzca ningún enriquecimiento por su parte al adquirir los bienes sujetos a fideicomiso con el valor que tienen en el momento de la delación a su favor, porque adquieren los bienes de la causante tal como se encontraban en aquel momento, y los aumentos y disminuciones de su valor acrecen al propietario. Es cierto que en el caso en que dichos aumentos sean debidos a mejoras efectuadas por el fiduciario, el artículo 783 CC establece que deben deducirse, pero para que esto pueda ocurrir se requiere: a) que dichas mejoras hayan sido debidas a la actividad del propio fiduciario, excluyéndose los aumentos debidos a circunstancias externas (por ej. el aumento de valor debido a las oscilaciones del valor monetario); b) que subsistan en el momento de la delación del fideicomiso a los fideicomisarios; y c) que se hayan efectuado por el fiduciario a su cargo. Todos estos requisitos no se dan en el presente litigio, en que ni siquiera se ha probado que las mejoras ahora reclamadas se hayan producido en la realidad.

Expropiación forzosa de uno de los bienes fideicomitidos.—La expropiación forzosa de uno de los bienes fideicomitidos se traduce en una venta forzosa en la que el fiduciario, sea del tipo que sea, siempre tiene facultades de disponer, pero los bienes recibidos a cambio siguen afectados por el gravamen fideicomisario, de acuerdo con el tipo de fideicomiso de que se trate.

Pago mediante letras de bienes fideicomitidos expropiados: artículo 1170.2 CC.—La entrega de letras de cambio sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, de modo que no se produce la liberación del deudor hasta que hayan sido efectivamente realizados, de modo que se entregan *pro solvendo* y no se produce una dación en pago, a no ser que conste de una manera clara la voluntad de las partes en el sentido de haberse acordado una entrega *pro soluto*. Por ello el heredero fiduciario era titular de un derecho de crédito a su fallecimiento, que se incorporó al patrimonio fideicomitido, correspondiendo a los herederos fideicomisarios por no haber sido dispuesto en el momento de la muerte del fiduciario. El crédito sustituyó a la finca expropiada y debe aplicarse el principio de subrogación, como han efectuado de forma acertada las sentencias recaídas en el presente litigio. (STS de 30 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Supuesto, en cierto modo clásico, de matrimonio sin hijos (y numerosos sobrinos por ambas líneas) cuyos cónyuges hacen testamento el mismo día del año 1981, instituyendo heredero recíprocamente, cada uno al otro cónyuge, con un fideicomiso de residuo a favor de diversos sobrinos. En 1984 fallece la esposa, y después de morir el marido en 1995, surgen los litigios entre los herederos fideicomisarios. Las dos cuestiones fundamentales que llegan al Tribunal Supremo están resueltas correctamente. (G. G. C.)

91. Participación hereditaria: rescisión: no hay partición sino negocio inter vivos de transmisión de créditos.—No hay partición hereditaria, ni donación de inmuebles por lo cual no se infringe el artículo 633 CC en el acuerdo celebrado en 1994 con el Ayuntamiento de Getafe, en el cual el padre y los hijos herederos aceptan el convenio expropiatorio, ratificando el que previamente hizo el único titular de los bienes expropiados y su esposa, acep-

tando las compensaciones que figuraban en dicho convenio, y que se adjudican a los hijos. Tales compensaciones no son bienes inmuebles sino derechos de crédito frente al Ayuntamiento, el cual se ha obligado y ha garantizado la obligación a hacer una serie de obras y en su día entregar bienes, y a pagar unas cantidades. Son, por tanto, derechos de crédito, que en el segundo acuerdo han sido objeto de transmisión del padre (único titular) a sus hijos, de forma gratuita, originándose así una transmisión de créditos y no de bienes. Dicho acuerdo en ningún sentido puede considerarse una partición, cuando todavía no se ha abierto la sucesión. La calificación jurídica correcta es que el inmueble lo ha perdido el testador en vida, recibiendo a cambio determinadas prestaciones que distribuye gratuitamente antes de morir.

No hay rescisión por lesión.—Fallecido el padre dos años más tarde de aquel convenio, los cuatro hermanos en escritura pública de 2001 aceptan pura y simplemente su herencia y acuerdan, a modo de partición parcial relativa únicamente a los derechos dejados por el causante y derivados del repetido convenio, consistentes en la adjudicación de inmuebles resultantes de la contraprestación a que se había obligado el Ayuntamiento. Pero dicha escritura no es una partición parcial sino que los herederos reiteran y plasman en escritura pública el reparto de lo que recibieron de su padre cinco años antes. En todo caso, sobre una partición parcial no cabe rescisión por lesión, ya que sólo cuando se conozca el total del *quantum* hereditario se podrá saber si se ha producido tal lesión, y así lo expresa la STS de 21 de enero de 1985, reiterando doctrina anterior.

El primero de los motivos del recurso debe estimarse porque la sentencia recurrida aprecia rescisión, siendo así que el documento de 2001 no es partición, sino reproducción del acuerdo anterior a la muerte del padre, y no cabe rescisión de negocio jurídico que no es partición. (**STS de 17 de septiembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—En el FD 3.º se incluye una admonición infrecuente entre las resoluciones judiciales, aunque oportuna por razón de las circunstancias del caso: *Se trata de un enfrentamiento familiar por razón —más frecuente de lo que debiera— de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala de 3 de julio del presente año, podría una mediación haber evitado.* Hace notar, con acierto, que *procesos como éste pueden ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo final siempre será menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.* No hay datos suficientes para precisar el efectivo y total *quantum* hereditario (se habla, de pasada, de la existencia de otros bienes del causante radicados en la provincia de Navarra, omitidos en el documento de 2001), pero llama la atención que las sentencias de instancia fijen unas sumas que exceden de los 100.000 euros para abonar a cada uno de los tres hermanos, si la recurrente quiere eludir la rescisión. Parece, en suma, que el bien más valioso de la herencia del padre era el expropiado por el Ayuntamiento de Getafe, cuyo justiprecio es objeto de varios convenios, ninguno de los cuales entiende el Tribunal Supremo que es verdadera partición. El reproche jurisdiccional viene a recaer más bien en la dirección letrada. (G. G. C.)

II. DERECHO MERCANTIL

92. Contrato de agencia. Extinción por voluntad del empresario. Indemnización por clientela e indemnización de daños y perjuicios. Derecho a la tutela judicial efectiva y congruencia.—La concordancia, impuesta por el deber de congruencia, entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia no debe ser entendida de manera rígida, sino flexible, por lo que basta la adecuación de la sentencia, en términos de racionabilidad, a aquellas pretensiones (SSTS de 4 de noviembre de 1994, 28 de octubre de 1994, 18 de julio de 2005, 19 de abril de 2006, RC n.º 2974/1999, 17 de noviembre de 2006, RC n.º 3510/1997, 3 de diciembre de 2007, RC n.º 4578/2000).

No se advierte que haya existido incongruencia con las pretensiones de la parte actora ni alteración de la *causa petendi* compuesta por los hechos sustanciales que integran la pretensión, puesto que, por encima del defecto en que incurre la redacción del suplico de la demanda, resulta de ella que el demandante actúa en nombre de las sociedades que representa, pues de otro modo resultaría inexplicable que éstas se personen como codemandantes. Así lo argumenta la sentencia recurrida fundándose en el hecho de que «las entidades alemanas están representadas procesalmente por el Sr. Pablo Jesús, figurando las mismas en la posición de actoras en la presente litis», y en «la interrelación del Sr. Pablo Jesús con aquellas dado el carácter comanditario de aquellas». La inexactitud en la que, a su vez, incurre la sentencia recurrida al desconocer que una de las sociedades tiene carácter limitado, no desdice la interrelación observada, habida cuenta de las demás circunstancias concurrentes y, especialmente, del hecho de que el actor citado las representa a todas y de que todas ellas comparecen en el proceso como parte actora.

La efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva obliga a prescindir de formalismos enervantes y, con ello, a atenerse a la voluntad de las partes deducida del contenido de los escritos procesales, sin atender a defectos formales carentes de trascendencia para determinar aquélla.

Motivación de la prueba.—El deber de motivar la sentencia comporta la obligación de dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad ni de una especial extensión, ni de dar respuestas a cada una de las razones que en apoyo de sus pretensiones da la parte (SSTC 187/2000, de 10 de julio, y 214/2000, de 18 de septiembre, y SSTS de 2 de noviembre de 2001, 1 de febrero de 2002, 8 de julio de 2002, 17 de febrero de 2005, 27 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, RC n.º 2974/1999, 31 de enero de 2007, RC n.º 937/2000).

La sentencia recurrida argumenta *in extenso* sobre la valoración de la prueba, por lo que no se advierte que concurra la infracción denunciada. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia en relación con el cumplimiento de este requisito de la sentencia, pues es suficiente para una debida argumentación que el tribunal razoné sobre aquellos elementos relevantes a partir de los cuales obtiene sus conclusiones sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos los medios de prueba obrantes en los autos. En el caso examinado resulta indiferente el hecho que se destaca en el motivo sobre la interrupción de sus funciones de agente por una de las sociedades, por cuanto la sentencia recurrida, al aceptar implícitamente en este punto los argumentos de la sentencia de primera instancia, considera que

los distintos contratos presentados a nombre de distintas sociedades reflejan un vínculo existente entre las partes que no sufrió interrupción por la intervención sucesiva de diversas sociedades.

Legitimación activa del agente demandante.—La sentencia recurrida no incurre en arbitrariedad cuando examina detenidamente el contenido de los contratos aportados a las actuaciones, las facturas presentadas por la actora con su demanda, y la documentación relativa a las comunicaciones realizadas por la entidad demandada dando por finalizado el contrato de agencia, que se dirigen también a la sociedad respecto de la que la parte actora pretende que carece de legitimación activa, y concluye que «de las circunstancias relativas al trato contractual entre las partes, ha quedado plenamente acreditado que la posición de la entidad España Trading, S. L., respecto a la entidad demandada Vidrios San Miguel, SCV, es la de agente, y no un tercero en posición de mero beneficiario de un porcentaje de la comisión que debía de pagarse por la entidad demandada». (STS de 8 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una sociedad cooperativa dio por finalizado el contrato de agencia que le ligaba con diversos agentes societarios y un agente español como persona física. Los agentes reclamaron las indemnizaciones por clientela y diversas indemnizaciones por los daños y perjuicios originados por la ruptura del contrato. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación parcialmente formulado por el agente español como persona física y estimó totalmente el recurso respecto de los agentes societarios. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por la demandada. (M. C. B.)

93. Contrato mercantil mixto y atípico. Aplicación analógica de la ley reguladora del contrato de agencia en cuanto a la indemnización por clientela.—La calificación del contrato corresponde a los Tribunales de las instancias como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y su resultado se controla sólo limitadamente en casación [...]. Ello sentado, la audiencia de datos suficientes para corregir la calificación efectuada por el Tribunal de apelación, fundada en una argumentación insuficiente sobre una característica negativa —la falta de independencia de la agente— normalmente necesitada de una precisión minuciosa en su ámbito y manifestaciones, pero que no ha impedido tipificar el contrato como civil —no laboral especial, conforme al art. 2, apartado 1, letra f), del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y al Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto—, justifica, pese a todo, que no corrijamos tal calificación, tanto más si, como luego se indicará, la Audiencia Provincial aplicó analógicamente una norma de la Ley 12/1992, la del artículo 28, reguladora de la indemnización por clientela en la liquidación del contrato de agencia.

Por ello, afirmada esa semejanza jurídica relevante entre el contrato de [...] y el de agencia y excluido, consecuentemente, el efecto imperativo que el artículo 3 de la Ley 12/1992 atribuye a los preceptos de ésta, queda sin apoyo la argumentación por la que la recurrente reclama la aplicación del artículo 13 de la misma Ley con preferencia respecto de lo pactado que es a lo que estuvo la sentencia recurrida.

A mayor abundamiento, aunque fuera aplicable el tantas veces repetido artículo 13 a las comisiones por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción de la relación contractual, la consecuencia sería la misma, dado que la exigibilidad de tal contraprestación estaría condicionada a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 14 de la propia Ley, de la que no hay constancia alguna.

Virtualidad de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.—El carácter sinalagmático de una relación contractual y la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones objeto de las obligaciones que en ella se integran, permiten al deudor-acrededor neutralizar provisionalmente la reclamación de ejecución del comportamiento por él debido que le dirija el acreedor-deudor, mientras éste no cumpla o esté dispuesto a cumplir correctamente la prestación por él debida, siempre que sea exigible y, además, entre ambas exista la necesaria reciprocidad.

La *exceptio non rite adimpleti contractus*, una de las variantes de la de incumplimiento, admitida por la jurisprudencia con apoyo en los artículos 1100, 1124, 1466 y 1500 CC, responde a la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al perfeccionar el contrato.

Sin embargo, el efecto meramente temporal de la excepción, limitado a suspender provisionalmente la exigibilidad del deudor demandado o, si se quiere, a neutralizar temporalmente la efectividad del derecho del acreedor, convierte a la misma en inadecuada cuando se trate de liquidar definitivamente una relación que, como la litigiosa, está extinguida —a salvo lo que proceda con las pretensiones de la propia liquidación: art. 1308 CC.

Alcance de la regla *in illiquidis non fit mora*.—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. 1101 y 1108 CC— cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los debería generar era inferior a la reclamada en la demanda. Consideraba 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.

Sin embargo, ya la S de 5 de marzo de 1992, seguida por otras, había calificado la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, y había destacado que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregarle aquello que, en su día, se le adeudaba, sino que es necesario darle posesión también de lo que, en el momento que se le entrega, debe representar la suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.

En esta línea revisora, la S de 9 de febrero de 2007 recordó que «la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108 CC, unida a la natural productividad del dinero, así como a la existencia de diversos grados de indeterminación de las deudas, a la progresiva revisión de los crite-

rios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa –que había sido negada respecto de quien ignora lo que realmente debe: non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat: Digesto 50.17.99– y a la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada –como recuerdan las SS de 20 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2006–, Llevaron a la jurisprudencia a un nuevo planteamiento de la cuestión –SS de 21 de marzo de 1994, 17 de febrero de 2004–, conforme al que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocárdico in illiquidis non fit mora, a la vez que valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama –SS de 5 de abril de 2005, 15 de abril de 2005, 30 de noviembre de 2005, 20 de diciembre de 2005, 31 de mayo de 2006, entre otras muchas–».

En aplicación de la referida doctrina procede mantener la condena a que se refiere el motivo en los términos en que se formuló en la instancia. (STS de 28 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

HECHOS.—La sociedad A. C. N. interpuso demanda contra la cooperativa A. M. sobre liquidación de la relación contractual que les unía. La sociedad había asumido en exclusiva la representación para la comercialización y venta de los productos de la demandada (ajos) en el Reino Unido y Suecia durante cinco años. A juicio de la cooperativa, dicha relación se había extinguido por haber vencido su plazo de vigencia. Sin cuestionar este extremo, la demandante reclamaba –junto a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos en su patrimonio– el importe de determinadas comisiones devengadas a lo largo de la relación contractual y una cantidad en concepto de indemnización por clientela. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda concediendo la indemnización por clientela. La sociedad A. C. N. recurrió en apelación pero la cooperativa A. M. impugnó el recurso resolviendo la Audiencia Provincial desestimar tanto el recurso como la impugnación. Acudieron actora y demandada al Tribunal Supremo interponiendo sendos recursos de casación. El alto Tribunal declaró no haber lugar a ninguno de ellos. (R. G. S.)

94. Doctrina de la «doble barrera».—En el ámbito del control de conductas, un acto de competencia, para ser considerado lícito, debe superar dos barreras: la del Derecho europeo y la del Derecho nacional. Se trata de la doctrina de la «doble barrera», que fue acogida por el TJCE en su S 14/1968, de 13 de febrero, y la mantiene el Reglamento 1/2000 (art. 3). La existencia del Derecho comunitario de la competencia no es obstáculo para la efectiva aplicación del Derecho nacional, sin perjuicio de la aplicación prevalente de aquél. La aplicación del Derecho interno tendrá carácter complementario o subsidiario cuando se trate de conductas que limiten exclusivamente sus efectos al mercado nacional. El principio de primacía del Derecho comunitario descarta cualquier medida nacional que pueda comprometer el efecto útil de las disposiciones del Derecho comunitario.

Competencia de los tribunales civiles para conocer asuntos relativos a la defensa de la competencia.—El Tribunal Supremo ha venido reconociendo la plena competencia de los tribunales civiles para la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia, tanto de orden comunitario como de orden interno, en relación con la declaración de nulidad y determinación de sus efectos (SSTS de 2 de junio de 2000, 24 de marzo de 2008, 22 de junio de 2006 y 3 de octubre de 2007, entre otras).

Según el Alto Tribunal, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) no puede ser calificado de mera norma administrativa. Resulta incuestionable la competencia de los tribunales civiles para conocer de la nulidad de los contratos civiles con base en la existencia de cláusulas restrictivas de la competencia *ex artículo 1 LDC*, siempre dentro del ámbito de las relaciones intersubjetivas. Corresponde a otros órganos (la Comisión Nacional de la Competencia y los Tribunales contencioso-administrativos) garantizar el orden constitucional en el sector de la economía de mercado, en atención a los intereses públicos.

Efectos de la nulidad contractual.—El Tribunal Supremo se plantea dos cuestiones en relación a este tema: 1) la distinción entre nulidad total y parcial; 2) la aplicación de los artículos 1303 y 1306.2.º CC.

En relación a la primera cuestión, el TJCE entiende que la nulidad a que se refiere el artículo 81.2 del Tratado CE (cláusulas restrictivas de la competencia) se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 del mismo artículo o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos. En el ámbito del Derecho interno, se admite la posibilidad de la nulidad parcial con arreglo al aforismo «*utile per inutile non vitiat*», como modalidad del principio de conservación del negocio. No cabrá la nulidad parcial cuando la cláusula en cuestión incida en la libertad de fijación del precio por la franquiciada y en la determinación del canon de explotación a pagar por la misma a la franquiciante, que es una de las contraprestaciones esenciales del contrato.

Respecto a la segunda cuestión, no cabe aplicar el artículo 1306.2.º CC cuando la causa de nulidad apreciada no tiene la condición de torpe, ni de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación del precepto citado, con el efecto de «dejar las cosas como están», sería claramente injusta cuando a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas.

Cuando estamos ante contratos de trato sucesivo, que han venido ejecutándose durante unos años, la aplicación del artículo 1303 CC debe hacerse en atención al criterio de la posibilidad en relación con las circunstancias (por ejemplo, la liquidación de los efectos económicos existentes al tiempo de extinguirse la relación jurídica). (**STS de 30 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre dos contratos de franquicia (cesión de utilización de nombre comercial, métodos de trabajo y aplicación de productos) relativos a tratamiento capilar, para dos ciudades distintas, respecto de los que la parte franquiciante considera que existió incumplimiento contractual de la parte franquiciada e interesa la condena de ésta y de sus garantes solidarios a indemnizar diversas cantidades por los conceptos de canon de explotación, productos suministrados impagados y cláu-

sulas penales de retraso. Por su parte, la franquiciada solicita la nulidad de los contratos por vulneración de las normativas comunitaria y nacional de la competencia con base en el establecimiento en los contratos de precios a cobrar a los clientes por la franquiciada, cuya imposición constituye una cláusula restrictiva de la competencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, absolviendo a los demandados, y estima la reconvenCIÓN declarando la nulidad radical y absoluta de los contratos entre las partes. La nulidad apreciada se fundamenta en la imposición de precios por la franquiciadora a la franquiciada, no limitándose aquélla a una mera recomendación, sino que cada año remitía una lista de precios a aplicar, sin que obste el hecho de que con respecto a determinados objetos de la franquicia se fije sólo un mínimo. En cuanto a los efectos de la nulidad, se aprecia la nulidad total y se aplica el artículo 1306.2.º CC.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por las actoras y confirma íntegramente la sentencia recurrida. Señala la Audiencia, respecto de la imposición de precios, que al afectar la venta a los precios indicados al margen comercial, se está incidiendo en los ingresos de la franquiciada y con ello en el canon a abonar por la franquicia. En relación a la aplicación del artículo 1306.2.º CC, está claro que las entidades franquiciadoras tenían conciencia de la ilicitud de la imposición de precios o al menos hubieran debido tenerla.

Finalmente, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por las entidades actoras. Declara la incorrecta aplicación del artículo 1306.2.º CC, pues constituiría un caso de enriquecimiento injusto para una de las partes (el efecto es dejar las cosas como están). Es aplicable el artículo 1303 CC, atendiendo a la liquidación de los efectos económicos existentes en el momento de extinguirse la relación jurídica. Así, el Alto Tribunal subraya la nulidad total de los contratos. Ahora bien, condena a los demandados a pagar solidariamente unas cantidades en concepto de cánones de explotación adeudados por los centros capilares. (S. L. M.)

95. Autocontratación. Requisitos y validez.—Recuerda el Tribunal Supremo que la autocontratación exige que una persona actúe con una doble condición (actuación de una persona por sí misma y en nombre de otro) y que exista un conflicto de intereses que ponga en peligro la imparcialidad en perjuicio de los representados (STS de 31 de enero de 1991). Tales requisitos han de ser suficientemente demostrados para que pueda apreciarse la invalidez del contrato. Ahora bien, el negocio jurídico celebrado con autocontratación es válido desde un principio si media una previa autorización, así como si posteriormente es ratificado o confirmado tácitamente (por todas, STS de 20 de enero de 2005).

Enriquecimiento sin causa. Requisitos.—La jurisprudencia declara que, dado que la pretensión de enriquecimiento injusto responde al principio que ved a una persona enriquecerse injustificadamente a cuenta de otra, tal pretensión resulta inviable cuando el desplazamiento patrimonial se halla determinado o viene justificado por una norma o por un negocio jurídico

válido y eficaz (entre otras muchas, SSTS de 11 de octubre y 16 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2006, 12 de julio y 5 de noviembre de 2007 y 29 de enero de 2008). Por tanto, si el desplazamiento patrimonial se ha producido en virtud de un contrato que no ha sido invalidado, hay una causa de la transferencia o atribución patrimonial que la justifica. No cabe, por tanto, utilizar esta figura como un concepto-válvula para poder introducir elementos valorativos y decidir sobre la justificación de las atribuciones patrimoniales realizadas (STS de 1 de marzo de 2007).

Principio de facilidad probatoria. Regla de carga de la prueba. Casación.—Señala el Tribunal Supremo que el principio de facilidad probatoria es, realmente, una regla especial de carga de la prueba que se configuró por la jurisprudencia como una adaptación de la doctrina del *onus probandi* a las circunstancias del caso, a fin de evitar la indefensión derivada de la imposibilidad o extrema dificultad para la parte interesada de acreditar determinados hechos controvertidos y de necesaria constancia para la decisión del litigio. Actualmente, este principio se recoge expresamente en el artículo 217.6 LEC y su infracción ha de denunciarse por medio de recurso extraordinario por infracción procesal. (STS de 17 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los consejeros vinculados a la entidad mercantil L, S.A. denunciaron en el seno del Consejo de Administración de la entidad A, la existencia de una autocartera ilegal de acciones en poder de una sociedad filial (SD 5, S.A.). La autocartera ilegal se había desarrollado a través de la filial SD 5, S.A., en parte a raíz de una compra de acciones a US, S.A. en una operación diseñada por el Director Financiero y de Administrador de A, si bien las circunstancias concretas de la venta y las operaciones realizadas no están demasiado claras.

Esta denuncia dio lugar a la creación de una comisión para dar salida al problema, comisión de la que no formaban parte los mencionados consejeros. Ante la inactividad de dicha comisión, los consejeros vinculados a la entidad L, S.A. —minoritarios en el Consejo de Administración de A— gestionaron la venta de la autocartera ilegal a favor de CIN, S.A., transmitiendo de tal modo la entidad SD 5, S.A. a la compradora de aquélla. La operación fue gestionada por estos consejeros, pero fue aceptada por todo el Consejo de Administración. El contrato de compraventa, al parecer, no llegó a ejecutarse —hay dudas sobre si la compradora tenía intención de cumplirlo— y se resolvió a petición de la compradora en un momento en que los consejeros mencionados no formaban ya parte del Consejo de Administración de A. Paralelamente, se emitieron una serie de facturas a favor de L, S.A., por una serie de obras presuntamente ejecutadas por ésta para A.

Como resultado de todo esto, la mercantil A interpuso demanda, cuyo objeto, en síntesis, versa sobre acción de responsabilidad social por conducta ilegal y comportamiento negligente de los Administradores de A, por haber diseñado y materializado una política de autocartera ilegal y realizado diversas compraventas cruzadas y una venta simulada de acciones a otra entidad para el aparcamiento temporal de los títulos y ocultación de la autocartera, todo ello con un grave daño económico para la empresa. A esta

acción se acumula otra de responsabilidad civil de los apoderados de la sociedad, invalidez de la compraventa de las acciones a favor de CIN, S.A., por autocontratación, y de restitución por cobro de lo indebido y por enriquecimiento injusto frente a L, S.A.

La demanda es desestimada en primera instancia, al igual que se desestima por la Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante. Planteado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXIII, 2010

FASCÍCULO I enero-marzo

Pág.

Estudios monográficos

José Luis MOREU BALLONGA: «Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés»	5
Nieves FENOY PICÓN: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento»	47
Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS: «La constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Elementos subjetivos»	137
José María MARTÍN OVIEDO: «Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado»	209
Pedro F. SILVA-RUIZ: «Las “servidumbres de equidad” en Puerto Rico»	217

Crónica de Derecho privado europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, Francisco J. ANDRÉS SANTOS, Miriam ANDERSON, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, David BONDIA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Martín EBERS, Mirko FACCIOLI, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, César HORNERO SÁNCHEZ, Sonia MARTÍN SANTISTEBAN, Cédric MONTFORT, Sergio NASARRE AZNAR, Susana NAVAS NAVARRO, Jordi NIEVA FENOLL, Barbara PASA, Mauro TESCARO, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO, Roberto YANGÜAS GÓMEZ	227
--	-----

Bibliografía

NOTA CRÍTICA

MARAVER GÓMEZ, Mario: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho civil y en Derecho penal. A propósito del libro
--

	<i>Pág.</i>
de Martín García-Ripoll Montijano, “Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables”.....	335
LIBROS	
ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS (PAVÍA): «À l’Europe du troisième millénaire» , por Carlos Vattier Fuenzalida	349
GÓMEZ-BLANES, Pablo: «El principio de accesoriedad de la fianza», por José Antonio Doral García	351
GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio/LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009», por José Ramón García Vicente	355
ROCA, María: «La tolerancia en el Derecho», por Margarita Fuenteseca	361
YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Culpa civil y daño extracontractual originado por una persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños», por Sofía de Salas Murillo	363
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	371
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS (años 2008 y 2009)	
Ramón CASAS VALLÉS, Mariana DE LORENZI, Asunción ESTEVE PARDO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mónica NAVARRO MICHEL, Carles VENDRELL CERVANTES, Aura Esther VILALTA NICUESA	409
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: M. ^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, M. ^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, M. ^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA	453

FASCÍCULO II
abril-junio

In memoriam

- Jesús DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, por Antonio Manuel Morales Moreno . 573

Estudios monográficos

- Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ: «Lealtad en el período precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)» 575
- José Luis IRIARTE ÁNGEL: «Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá» 637
- Sofía de SALAS MURILLO: «Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración» 677
- Regina GAYA SICILIA: «La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española» 719
- Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ: «La resarcibilidad del *mayor daño* sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor» 753

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

- Por Marta REQUEJO ISIDRO 807

Bibliografía

LIBROS

- DONADO VARA, Araceli: «La reserva viudal», por María Teresa Pérez Giménez 837

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por 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 845

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Juan SARMIENTO RAMOS: «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 un cargo posterior a dicha hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2007» 897

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Josep Maria BÉCH 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.....

921

FASCÍCULO III
julio-septiembre

Estudios monográficos

María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ: «Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista»	1053
Antonio MONSERRAT VALERO: «Los derechos voluntarios de adquisición en el Código Civil de Cataluña: clases y funcionamiento»	1125
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad»	1219
Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL: «El tercero de confianza en el suministro de información. Propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información»	1245
Blanca BAGO ORIA: «Dos visiones de la causa jurídica: el Derecho fiscal y el Derecho privado»	1285

Crónica de Derecho privado europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Francisco J. ANDRÉS SANTOS, Miriam ANDERSON, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Jordi BONET PÉREZ, Alexandra BRAUN, Sandra CAMACHO CLAVIJO, Guillem CANO PALOMARES, Alejandra DE LAMA AYMÀ, Martín EBERS, Mirko FACCIOLO, Josep M. FONTANELLES MORELL, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, César HORNERO SÁNCHEZ, Sonia MARTÍN SANTIESTEBAN, Cédric MONFORT, Sergio NASARRE AZNAR, Jordi NIEVA FENOLL, Barbara PASA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Javier POU DE AVILÉS SANS, Mauro TESCARO, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO, Antoni VAQUER ALOY

1321

Bibliografía**LIBROS**

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial», por Ana Laura Cabezuelo Arenas	1455
PERKAMS, Guido: «Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht», por Antoni Vaquer Aloy	1459

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Responsabilidad en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno filiales», por José de Torres Perea	1461
---	------

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1469
-------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo**SENTENCIAS**

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Pilar BENAVENTE MOREDA, M. ^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ de LEZCANO, Nicolás DÍAZ de LEZCANO, M. ^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabrial GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M. ^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, César SEMPERE RODRÍGUEZ, Laura ZUMAQUERO GIL	1499
---	------

FASCÍCULO IV
octubre-diciembre**Estudios monográficos**

María Paz GARCÍA RUBIO: «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos»	1621
Francisco REDONDO TRIGO: «De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo <i>ius commune</i> »	1643
Íñigo DE LA MAZA GAZMURI: «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia»	1683
Juan David SÁNCHEZ CASTRO: «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?»	1725

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	1728
--------------------------------	------

Bibliografía**LIBROS**

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHMIDT-KESSEL, Martin: «Schuldrecht. Allgemeiner Teil», por Francisco J. Andrés Santos	1829
VV. AA. (dirs. Carlos Lasarte Álvarez/María Fernanda Moretón Sanz): «Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia», por Máximo Juan Pérez García	1834

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU..... 1837

Jurisprudencia del Tribunal Supremo**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Josep M.^a BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MOLLÓN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA 1877

