

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

## VENTA Y DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería del Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIV, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2011

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2011

---

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

---

NIPO (BOE): 007-11-077-8  
NIPO (M. de Justicia): 051-11-020-5  
ISSN: 0210-301-X  
Depósito legal: M-125-1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

## El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?

**ANTONI VAQUER ALOY<sup>1</sup>**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Lleida

### RESUMEN

*El artículo analiza el concepto de conformidad en la propuesta de anteproyecto de modernización del Código civil preparada por la Comisión General de Codificación y la compara con el proyecto de Marco Común de Referencia, la legislación comunitaria y el soft law. Sobre la base de un concepto general y unitario de incumplimiento (art. 1188), la conformidad se erige en concepto clave de un moderno derecho de obligaciones y contratos en España. Con todo, la conformidad sólo se regula en sede de contrato de compraventa, mientras que para otros contratos –el arrendamiento y la donación– simplemente se incluye una disposición que sustituye el concepto de saneamiento por el de conformidad. Por otra parte, no se propone una regulación actualizada del contrato de servicios, que permanece ajeno al concepto de conformidad. La propuesta de la Comisión General de Codificación sigue la senda correcta, pero es parcial e incompleta, por lo que todavía no cubre todas las necesidades de un derecho de obligaciones y contratos moderno.*

### PALABRAS CLAVE

*Contrato, cumplimiento, incumplimiento, conformidad, compraventa, arrendamiento, servicios, donación.*

---

<sup>1</sup> Texto íntegro con aparato bibliográfico de la ponencia pronunciada en las «Jornadas sobre el Derecho Privado Europeo y la Modernización del Derecho de Obligaciones en España», organizadas en la Universidad de Granada por el Grupo de Investigación de derecho civil «Ossorio Morales», por gentil invitación del profesor Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «El Proyecto de Marco Común de Referencia (Libros II y IV): Comentario Académico desde el Derecho Contractual Español» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN DER2009-13269-C03-01), así como en las actividades del Grupo de Investigación consolidado de la Generalidad de Cataluña 2009SGR689.

**ABSTRACT**

*This essay analyses the concept of conformity in the proposal of a bill modernising the Spanish contract law prepared by the General Commission of Codification and compares it with the DCFR, European legislation and soft law. On the basis of a general and unitary notion of non-performance (art. 1188), conformity becomes a core concept for a modern contract law in Spain. However, conformity is only dealt with in the sales chapter. For other contracts such as lease or donation, a disposition only establishes the substitution of the Roman idea of «saneamiento» (the edilitian remedies) for the new one of conformity without any further adjustment. In addition, the current regulation of services remains unmodified. The proposal of the General Commission of Codification takes the right way, but it is partial and incomplete, and therefore it does not still fulfil all the requirements of a modern contract law.*

**KEYWORDS**

*Contract, performance, non-performance, conformity, sale, lease, services, contract for donation.*

**SUMARIO:** I. *Hacia un concepto general de conformidad en el cumplimiento de los contratos.*—II. *El incumplimiento del contrato en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación.*—III. *La noción de falta de conformidad:* 1. Concreciones de la falta de conformidad. 2. Las declaraciones públicas. 3. El conocimiento de la falta de conformidad por el comprador. 4. *Aliud pro alio* y falta de conformidad. 5. Conformidad material y conformidad jurídica. 6. El exceso de cabida. 7. El momento de la conformidad. 8. Otras normas sobre conformidad.—IV. *La falta de conformidad en otros contratos o actos distintos de la compraventa:* 1. El arrendamiento. 2. El contrato de servicios. 3. La donación.—V. *Conclusiones*

## **I. HACIA UN CONCEPTO GENERAL DE CONFORMIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS**

En 1991, el profesor israelí Eyal Zamir publicó un interesante trabajo con este título: «Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts»<sup>2</sup>. Su punto de partida es si los diferentes tipos de incumplimiento pueden ser y es conveniente que sean analizados desde un mismo marco conceptual, es decir, si hay algo en común en los distintos tipos de incumplimiento y, si es así, si cabe pergeñar un sistema único de responsabilidad para el incumplidor. Para el autor, esta base común puede encarnarse en la noción de conformidad. En su análisis de derecho comparado, aparte de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías (CISG), se detiene con espe-

<sup>2</sup> *Louisiana Law Review*, 1991, vol. 52, pp. 1 ss.

cial atención en el derecho austriaco, pues, a su parecer, es el que más claramente establece una noción general de conformidad; téngase en cuenta que cuando el autor escribe no se ha promulgado ni el nuevo CC holandés ni la modernización del BGB alemán. Con todo, creo que más que la regulación en sí, que no responde a la moderna conformidad que luego analizaré subapartado 3, lo más trascendente del ABGB es que la regulación se contiene en la teoría general de la obligación y no en un contrato en particular, si bien para algunos contratos se establecen reglas especiales. Zamir se decanta por un concepto general de conformidad, por ser más eficiente, pero que admita matices en función de la concreta relación obligacional, por ejemplo, de si se está ante una relación instantánea o de tracto sucesivo. Sin embargo, su concepción de la conformidad no es tan general como él mismo pretende, pues, por ejemplo, el *aliud pro alio* no constituiría un supuesto de falta de conformidad. Otra idea clave es que la conformidad sólo cabe aplicarla a las obligaciones de resultado, no a las obligaciones de medios<sup>3</sup>, ni tampoco a las obligaciones de no hacer.

El artículo del profesor Zamir me precede en veinte años y tiene el indudable mérito de plantear la conformidad como concepto general del derecho de obligaciones y contratos que rebasa el contrato de compraventa. Es muy sugerente su idea de que la conformidad sólo tiene cabida en las obligaciones de resultado, aunque su concepción de qué sea resultado difiere de la que se sostiene en las páginas que siguen. No comparo, sin embargo, la limitación de supuestos que abraza su noción de conformidad y que deja fuera, por ejemplo, el *aliud pro alio*. Estas dos ideas, que considero sustanciales, volverán a aparecer en este trabajo.

## II. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

La propuesta de modernización de la Comisión General de Codificación (CGC)<sup>4</sup> apuesta por un nuevo concepto de incum-

---

<sup>3</sup> Zamir, «Toward a General Concept», p. 43: «the concept of conformity is only applicable to result obligations, as it cannot have effect in the context of obligations of means. (...) A difference between the agreed upon result and the actual result is, in such obligations, a necessary and sufficient condition for the existence of breach. As opposed to this, where the obligation can be met by adopting appropriate steps for achieving the result, then the difference between the hoped-for result and that actually attained in neither a sufficient condition nor a necessary one for the purpose of liability». El ejemplo con que ilustra su afirmación es un tratamiento médico, insistiendo en que las normas sobre conformidad sólo se hallan en contratos cuyas obligaciones son de resultado.

<sup>4</sup> Comisión General de Codificación, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, 2009.

plimiento. De acuerdo con el art. 1188.I, «[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». El preámbulo ofrece la siguiente argumentación de este concepto de incumplimiento: «Conforme al nuevo sistema, la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, con independencia de que la inexecución sea o no imputable al deudor». Perspicazmente ha atribuido Nieves Fenoy<sup>5</sup> la paternidad de esta definición al profesor Díez-Picazo, quien ha escrito que «para definir el incumplimiento puede proponerse una fórmula muy similar a la que aparece en el art. 8:101 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos<sup>6</sup>: hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben»<sup>7</sup>.

«*Omnis definitio in jure periculosa est*», advertía Javoleno<sup>8</sup>. La definición propuesta contiene innumerables virtudes: proporciona un concepto unitario de incumplimiento, que engarza con las modernas orientaciones en el derecho comparado y con el derecho europeo<sup>9</sup>, a la vez que se hace eco de la evolución de la jurisprudencia

<sup>5</sup> Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, pp. 69-70, nota 42.

<sup>6</sup> El art. 8:101 PECL bajo la rúbrica «remedios disponibles», en realidad está definiendo el incumplimiento como base del sistema de remedios de que dispone la parte perjudicada de la relación obligatoria. «There is non-performance whenever a party does not perform any obligation under the contract». Véase Ole LANDO, Hugh BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, parts I-II, The Hague, 2000, p. 359, comentario A. Además, Reinhard ZIMMERMANN, «Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo», en Id., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, 2000, pp. 122-123; Ole LANDO, «Non-performance (breach) of contracts», en Arthur Hartkamp et al (ed.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Nijmegen, 2004, pp. 505 ss; Roberto CALVO, «Le conseguenze dell'inadempimento: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto», en Giovanni De Cristofaro (ed.), *I «Principi» del Diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, p. 509: «L'art. 8:101 detta una nozione ampia d'inadempimento nell cui rientra ogni ipotesi di violazione dell'impegno obbligatorio».

<sup>7</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 2008<sup>6</sup>, p. 654.

<sup>8</sup> D. 50, 17, 202.

<sup>9</sup> La CISG –que España ha ratificado– y, inspirándose en ella, el Proyecto de Marco Común de Referencia y ordenamientos jurídicos nacionales como el alemán después de la «modernización» de 2001, han optado por un concepto unitario de incumplimiento que abraza todas las formas posibles de prestación inadecuada. En palabras de Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, 2010, p. 29, un concepto moderno de incumplimiento destaca por su amplitud: «consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Tal amplitud permite integrar, en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual (en sentido amplio) que encontramos en el Código civil. De este modo podemos hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. La mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución, como un remedio, entre otros, del incumplimiento».

cia del Tribunal Supremo, como se comprobará en las páginas que siguen. Con todo, puede señalarse una pequeña sombra, cual es que hay incumplimiento, también, cuando el deudor no realiza la prestación, no sólo cuando no la realiza «exactamente», y este constituye, precisamente, el punto de partida de la clasificación que realiza el mismo profesor Díez-Picazo cuando aborda, tras la definición antes transcrita, la tipología de lesiones del derecho de crédito. En efecto, indica que «podemos, *prima facie*, separar dos situaciones que se presentan como distintas. La primera es aquella en la cual, en el momento al efecto prefijado, el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación comprometida», lo que llama «omisión de prestación (*Nichtleistung*)»<sup>10</sup>. Por consiguiente, en su literalidad, la propuesta de artículo definidor del incumplimiento no cubre todos los supuestos posibles, por más que una interpretación lógica acoja, como no podría ser menos, el supuesto de la inactividad completa del deudor. En este sentido, es más clara la redacción del art. 7.1.1. Principios Unidroit: «El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío»<sup>11</sup>. Puede apuntarse, por otra parte, que la propuesta de la CGC sitúa el incumplimiento en la esfera del deudor, mientras que los Principios Unidroit lo predicen de «una parte», es decir, tanto deudor como acreedor. Con ello, parece que el derecho español intenta seguir fiel a la tradición de la *mora del acreedor*, pese a que esta noción no está suficientemente definida ni aceptada en el nuevo derecho europeo de contratos<sup>12</sup>.

Si nos mantenemos en la literalidad del art. 1188 de la propuesta, y pese a que el precepto no lo menciona expresamente, la «no realización *exacta* de la prestación» nos conduce a un concepto clave en el nuevo derecho de obligaciones: la falta de conformidad. Este no es un concepto desconocido en derecho español. En virtud de la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determina-

<sup>10</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, p. 654.

<sup>11</sup> Y, así, escribe Harriet Schelhaas, art. 7.1.1, en Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 732, lo siguiente: «The PICC advocate a unitary concept of non-performance. Any kind of non-performance can –if the respective requirements are met– trigger the remedies of Chapter 7: defective performance (Art. 5.1.6), performance at the wrong time (Art. 6.1 and 6.1.5) or in the wrong place (Art. 6.1.6), incomplete performance (Art. 6.1.2 and 6.1.3), or total non-performance». Véase, además, David Morán Bovio, «Incumplimiento», en Id. (coord.), *Comentarios a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1999, pp. 317 ss.

<sup>12</sup> Al respecto, Antoni Vaquer, «Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common?) Principles of European Contract Law», *Tulane European and Civil Law Forum*, 2002, pp. 83 ss, y «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR», *European Review of Private Law*, 2009, pp. 504 ss.

dos aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DVC), la falta de conformidad ya es parte de nuestro derecho, aunque por ahora sólo en el ámbito del derecho del consumo, con lo que conviven remedios procedentes de dos tradiciones, la falta de conformidad con origen en la CISG y el derecho comunitario y europeo y el saneamiento con origen en las acciones edilicias romanas, con los problemas de coherencia interna del sistema que de ello derivan<sup>13</sup>. La noción de falta de conformidad en el derecho contractual español general no se propone en la teoría general de la obligación, sino en sede de un específico contrato, el de compraventa. Ya el anteproyecto sobre compraventa de la CGC se orientaba hacia este modelo europeo, apuesta que ha reforzado la propuesta modernizadora publicada en 2009<sup>14</sup>. Procede, pues, examinar la regulación de la falta de conformidad de los bienes en la propuesta de la CGC, y para ello se establecerán las comparaciones necesarias con el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) y con la propuesta de Directiva europea sobre derechos de los consumidores de 2008<sup>15</sup> –de la que, por cierto, nada de cuanto

<sup>13</sup> Por todos, María Paz GARCÍA RUBIO, «La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, 2003, pp. 1529 ss; Antonio Manuel MORALES MORENO, «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 1623-1626.

<sup>14</sup> Esencial, MORALES MORENO, «Adaptación» pp. 1609 ss. Consúltese, además, Nieves FENOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 223 ss.

<sup>15</sup> Consultable en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:ES:PDF>. Esta directiva refunde hasta cuatro directivas: las 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 97/7/CE, sobre contratos a distancia, y 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo. El proceso de aprobación de la directiva está siendo particularmente lento, en buena medida por su inicial carácter imperativo y no de mínimos, aspecto criticado fuertemente por la doctrina; véase Hans-Wolfgang MICKLITZ, Norbert REICH, «Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über "Rechte der Verbraucher", oder "der Beginn des Endes einer Ära..."», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 279 ss.; Vanesa MAK, «Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation», *European Review of Private Law*, 2009, pp. 55 ss; Willem VAN BOOM, «The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used», *Journal of Contemporary European Research*, 2009, pp. 452 ss; Javier LETE ACHIRICA, «La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?», en M.ª Paz GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del professor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, pp. 494-495; véase, además, las aportaciones en Michael STÜRNER (ed.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht*, München, 2010. Otros autores han destacado que la propuesta de directiva no tiene en cuenta al DCFR; entre ellos, Martin W. HESSELINK, «The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?», *European Review of Contract Law*, 2009, pp. 290 ss.; Timothy Q. DE BOOYS, Martijn W. HESSELINK, Chantal MAK, «How the CFR Can Improve the Consumer Rights Directive: A Comparison between the Model Rules in the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's Proposal for a Consumer Rights Directive», Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/09, consultable en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492660](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660); Hans SCHULTE-NÖLKE, «Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR», en Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009, pp. 29 ss; Reinhard ZIMMERMANN, «The Present State of European Private Law», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2009, pp. 487-489; Martin EBERS, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret* 2010/2, pp. 9-10.

se citará en este trabajo se ha incorporado finalmente a la nueva propuesta aprobada por el Consejo el día 24 de enero de 2011<sup>16</sup>-, en la medida en que innova en algunos aspectos la DVC y, por consiguiente, si llega a convertirse en derecho vigente, obligará a reformar, por lo menos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TR LGDCU), que es donde ahora se contiene la transposición de la DVC.

### III. LA NOCIÓN DE FALTA DE CONFORMIDAD

La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa<sup>17</sup>. Siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca (obsérvese que el art. 1475 deja a salvo «lo pactado por las partes»), la conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación. Las partes gozan de la máxima discrecionalidad cuando diseñan la prestación. Pues bien, la falta de correspondencia entre la cosa que el vendedor entrega efectivamente –la prestación real– y la cosa tal como fue concebida por las partes en el momento de la perfección del contrato –la prestación ideal– genera la no conformidad de la prestación, un concepto que engloba el cumplimiento defectuoso o inexacto, el retraso, los vicios o defectos de la cosa e incluso, como veremos, la prestación distinta a la pactada<sup>18</sup>.

La propuesta de la CGC parte de un artículo que ofrece un concepto general de conformidad. Se trata del art. 1474, que dispone lo siguiente: «La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». Si se compara con la noción de falta de conformidad en el DCFR, se echa de menos la referencia expresa a las expectativas del comprador

<sup>16</sup> <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201102/20110210ATT13420/20110210ATT13420EN.pdf>

<sup>17</sup> Marco Loos, «Sales law in the DCFR», Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2010/04, p. 18, disponible en <http://www.ssrn.com>.

<sup>18</sup> Como advirtió Juana MARCO MOLINA, «La garantía legal sobre bienes de consumo en 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», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, p. 2299, «[s]e ha optado por una noción que representa no sólo una síntesis, sino sobre todo una superación de la tradicional contraposición entre el concepto objetivo y el subjetivo de *defecto*».

que, en cambio, sí se explicitan en el art. IV.A.-2:302(f), cuando indica que los bienes entregados deben «possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect», con lo que se otorga un papel relevante a las expectativas del comprador, enfatizando el carácter subjetivo de la conformidad, no en el sentido de que el comprador pueda decidir según sus deseos si la cosa es o no conforme, sino que esos deseos conocidos por el vendedor constituyen un parámetro para decidir si hay o no cumplimiento<sup>19</sup>. Como dicen los comentarios a este artículo del DCFR, aunque las expectativas del comprador se hallan implícitamente contempladas en los apartados anteriores del precepto, «it emphasises the buyer's point of view by introducing the buyer's expectations as a separate, stand-alone implied requirement which the goods have to meet»<sup>20</sup>.

La noción que ofrece el art. 1474 de la propuesta de la CGC remarca algunos elementos determinantes de la conformidad: la cantidad, la calidad y el tipo, así como el embalaje o envase de la cosa. Si se entrega una cosa que cumpla con estos parámetros, hay conformidad y, por consiguiente, cumplimiento; en caso contrario, hay incumplimiento. Y debe tenerse en cuenta que la conformidad no requiere imputación subjetiva al vendedor; al contrario, la falta de conformidad se caracteriza por su objetividad o, si se prefiere, neutralidad. Sin culpa hay igualmente falta de conformidad<sup>21</sup>, aunque no necesariamente el vendedor habrá de indemnizar los daños, pues puede concurrir una excusa al incumplimiento que exonere de responsabilidad (paradigma: el caso fortuito)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> MORALES MORENO, «Adaptación», p. 124, señala que el primer criterio para decidir la conformidad «debe ser, sin duda, la autonomía de la voluntad». La relevancia de las expectativas del comprador la destaca LOOS, «Sales law in the DCFR», p. 19.

<sup>20</sup> Christian von Bar, Eric Clive (ed.), *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, München, 2009, vol. 2, p. 1286, comentario B al art. IV.A.-2:302.

<sup>21</sup> Como dice MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, p. 30: «constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche». FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato» p. 70, por su parte, señala que «el incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor». En la misma línea se orienta la CISG, en expresión de Markus MÜLLER-CHEN, art. 45, en Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, 2010<sup>3</sup>, p. 691, n.º 5: «Contrary to the interpretation of certain legal systems, the reason for his failure –whether it is that he cannot or does not wish to deliver, or that he performs deficiently either in quality or quantity– is irrelevant».

<sup>22</sup> Pascal PISCHONNAZ, «L'exonération du débiteur malgré l'inexécution de son obligation selon les Principes du droit européen des contrats», en Franz Werro (dir), *L'eupéanisation du droit privé*, Fribourg, Suisse, 1998, pp. 180-181; Ulrich MAGNUS, «Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, pp. 264-266.

## 1. CONCRECIONES DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La noción general de falta de conformidad se concreta, en la mayoría de ordenamientos jurídicos y textos de convenios internacionales o de *soft law*, en una serie de supuestos que entrañan presunciones. Estas presunciones pueden ser tanto positivas como negativas, es decir, puede tratarse tanto de un elenco de presunciones de conformidad como de falta de conformidad. Mientras la DVC<sup>23</sup>, el DCFR<sup>24</sup> e incluso el TR LGDCU<sup>25</sup> siguen un modelo de presunciones de conformidad, la CISG<sup>26</sup> y la propuesta de la CGC formulan presunciones de falta de conformi-

<sup>23</sup> Art. 2.2. «Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;

b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;

c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo;

d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».

La propuesta de directiva de derechos de los consumidores sigue la misma estela, con apenas variaciones de redacción. Con todo, la doctrina ha mostrado preocupación por un cambio, cual es que se había venido entendiendo que los criterios de conformidad de la DVC son cumulativos, y por contra el art. 24.2 de la propuesta de directiva utiliza la conjunción «o» [(c) son aptos para los usos a que normalmente se destinan bienes del mismo tipo; o d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar]. Si realmente se trata de un cambio de criterio, la posición del consumidor resultaría sensiblemente debilitada, puesto que la DVC sólo requiere probar la concurrencia de uno de los criterios para que el bien no sea conforme. Véase Christian TWIGG-FLESNER, «Fit for Purpose? The Proposal on Sales», en Geraint Howells, Reiner Schulze (ed.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, pp. 156-157; Marco LOOS, «Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive», *European Review of Private Law*, 2010, pp. 25-27; Jules STUYCK, «The Provisions on Consumer Sales», en Hans Schulte-Nölke, Lubos Tichy (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Munich, 2010, p. 29; Martin EBERS, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret 2/2010*, p. 24.

<sup>24</sup> Art. IV.A.-2:301: «The goods do not conform with the contract unless they:

(a) are of the quantity, quality and description required by the contract;

(b) are contained or packaged in the manner required by the contract;

(c) are supplied along with any accessories, installation instructions or other instructions required by the contract; and

(d) comply with the remaining Articles of this Section». Para los comentarios, el DCFR intenta ser más directo estableciendo criterios de conformidad; véase el comentario A a este artículo en la p. 1293 de la *full edition*.

<sup>25</sup> Art. 116.1, con una redacción distinta a la que para el CC propone la CGC.

<sup>26</sup> Art. 35.2: «Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

dad. La elección entre uno u otro modelo es más una cuestión de estilo de redacción que de sustancia, ya que al cabo los resultados alcanzados son los mismos, si bien es obvio que sería preferible la misma redacción en ambos textos legales<sup>27</sup>.

El art. 1475 de la propuesta de la CGC concreta los supuestos en que, salvando otra voluntad de las partes, se entiende que hay falta de conformidad:

- «1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor;
- 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador;
- 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso;
- 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador puede fundadamente esperar.»

Se realza con claridad el rol de la autonomía de la voluntad en la determinación de la conformidad, no sólo por la invocación de los pactos entre las partes en el inicio de este precepto, sino también por la llamada a la «descripción» realizada por el vendedor. Se conjugan criterios objetivos y subjetivos. Entre los primeros, hay que destacar las cualidades de la muestra o modelo presentados por el vendedor y el uso ordinario y las prestaciones habituales de un bien de esa clase<sup>28</sup>; entre los criterios subjetivos, el uso especial requerido por el comprador que el vendedor haya admitido para ese bien y, en especial, la invocación final a las expectativas fundadas del comprador. La llamada a las expectativas es clave, por ejemplo, para poder concretar la conformidad de la prestación cuando se trata de la venta de bienes nuevos o de bienes de segunda mano<sup>29</sup>, por ejemplo.

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas».

<sup>27</sup> Aunque no deja de ser curiosa la opción de la CGC, por cuanto MORALES MORENO, «Adaptación», pp. 1634-1635, defendía que debía procurarse seguirse la DVC en la modernización del Código civil y en este punto se ha optado por la CISG.

<sup>28</sup> Para la SAP Alicante, sec. 8ª, de 18 de diciembre de 2009 (AC 2010/717), las ocho reparaciones documentadas de un vehículo en el plazo de un año y medio lo hacen inútil para la finalidad que le es propia, como es la de servir de medio de desplazamiento del actor.

<sup>29</sup> Recuérdese que el art. 7.1 DVC permita a los Estados miembros reducir el plazo de garantía a un año en el caso de la venta de bienes de segunda mano, opción que, entre otros, ha tomado parcialmente el legislador español al admitir que así lo pacten los interesados (art. 123.1 TRLGDCU). Esta es también la línea que sigue la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores en su art. 28.3. Con todo, probablemente el mismo

La conjunción de los arts. 1468 y 1479 de la propuesta de la CGC añade un nuevo criterio de conformidad: el suministro de los accesorios y de las instrucciones de instalación necesarias para el comprador, así como que la instalación sea deficiente<sup>30</sup> o cuando queda a cargo del comprador por un error en las instrucciones<sup>31</sup>. Con todo, el criterio, con ser inicialmente correcto, admite ulterior concreción, teniendo en cuenta la experiencia previa del art. 116.2 TR LGDCU, que literalmente dice que la instalación la ha llevado a cabo el consumidor o usuario. Este precepto puede compararse con el § 434(2) BGB, que no indica expresamente quién debe haberla realizado. Según Morales Moreno<sup>32</sup>, la legislación española respeta la normativa comunitaria. En cambio, Manuel Jesús Marín López<sup>33</sup> piensa que «la instalación puede llevarla a cabo él personalmente o un tercero; incluso un profesional». La proliferación de la venta de mobiliario para montar en grandes superficies (*do it yourself*) y de electrodomésticos diversos aconseja especificar que la falta de conformidad es independiente de si es el propio consumidor o no quien se ocupa del montaje, siguiendo con más exactitud el art. 2.5 DVC<sup>34</sup>, y, en lugar de poner el énfasis en el

---

concepto de conformidad ya tiene en cuenta que los bienes sean de segunda mano, pues esta característica influye en las expectativas razonables del consumidor, como ha advertido TWIGG-FLESNER, «Fit por Purpose?», p. 173, y han señalado los comentarios B al art. 4:202, p. 195, y C al art. 4:202 de los *Principles of European Law. Sales*, prepared by Ewoud Hondius *et al.*, Munich, 2008, pp. 268-269.

<sup>30</sup> Antonio Manuel MORALES MORENO, «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 99/44 CE», en *id.*, *La modernización*, p. 184, considera que la instalación es defectuosa cuando impide obtener la utilidad de la cosa exigible conforme al contrato y a la ley y cuando provoca o puede provocar daños a la cosa vendida.

<sup>31</sup> Véase MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1637, sobre la oportunidad de introducir este criterio de conformidad.

<sup>32</sup> MORALES MORENO, «La conformidad», p. 187.

<sup>33</sup> Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, art. 116, en Rodrigo Bercovitz (coord.), *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 1464.

<sup>34</sup> «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación». Este precepto no sufre cambios relevantes en la propuesta de directiva de derechos de los consumidores (art. 24.5), aunque Simon WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of “Full Harmonisation”», *European Review of Contract Law*, 2009, p. 241, entiende que la propuesta permite concluir que el hecho de que el vendedor no proporcione la información requerida referente a los mismos bienes vendidos constituiría también un supuesto de falta de conformidad. Que esta idea es generalizable a cualquier compraventa y no sólo a la de consumo lo demuestran los § 434.2 BGB («También resulta un vicio material si el vendedor o sus auxiliares en el cumplimiento llevan a cabo inadecuadamente el montaje convenido. También existe un vicio material en una cosa destinada al montaje si las instrucciones de montaje son defectuosas, salvo que la cosa sea montada correctamente»), § 217.5 de la Ley de Obligaciones de Estonia («The lack of conformity of a purchased thing arising from the incorrect installation of the thing is deemed to be equal to the

error en las instrucciones, otorgaría mayor juego referirse a la insuficiencia de las instrucciones, concepto en el que cabría en error, pero también la falta de datos suficientes e, incluso, la ausencia de instrucciones inteligibles.

Además, se podría pensar en otros criterios de conformidad que diversos países han introducido en su derecho interno, como por ejemplo la duración razonable de la vida útil del bien<sup>35</sup>, el precio o la existencia de recambios o accesorios<sup>36</sup>.

Todos estos criterios deberían interpretarse conjuntamente. Es decir, los criterios de la cantidad, calidad, tipo, embalaje e instrucciones, todos ellos meramente objetivos, deberían relacionarse con el diseño de la prestación vía las presunciones de conformidad y las expectativas razonables del acreedor, que permitirían colorearlos con un tinte subjetivo; los criterios adicionales de la vida útil razonable, el precio y los repuestos no serían sino otros colores añadidos a la paleta, para completar la gama cromática. Hay que insistir en que la clave radica en cómo diseñaron las partes la prestación y en qué podía razonablemente esperar el acreedor de la prestación efectivamente realizada; los criterios que introduce la propuesta de la CGC y los que aquí se sugieren no son más que herramientas que coadyuvan a la mejor comparación entre la prestación diseñada y la real.

## 2. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS

La conformidad o la falta de conformidad viene determinada, también, por las declaraciones públicas realizadas por terceros, salvo que el vendedor demuestre que desconocía y no se podía razonablemente esperar que conociera aquella declaración, o si había

lack of conformity arising from the thing if the installation was carried out by the seller or at the responsibility of the seller. This also applies if the thing is installed by the purchaser and the incorrect installation is the result of insufficient information provided by the seller with respect to installation of the thing», y el art. IV.A.-2:304 DCFR («Where goods supplied under a consumer contract for sale are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if: (a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or (b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to a shortcoming in the installation instructions»). La cita del derecho estonio es pertinente por cuanto su Ley de Obligaciones fue preparada por Peter Schlechtriem, quien además de uno de los mayores especialistas en derecho alemán de obligaciones y contratos, fue miembro de la comisión redactora de los Principios Unidroit y uno de los mejores comentaristas de la CISG.

<sup>35</sup> Como posible antídoto, además, a la obsolescencia programada de los bienes de consumo.

<sup>36</sup> Véase Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER, Martin EBERS, *EU Consumer Law Compendium*, Munich, 2008, pp. 422-423. El considerando 40 de la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores menciona expresamente las piezas de recambio.

sido corregida al tiempo de la conclusión del contrato o que no pudo influir en la decisión de comprar el bien. Esta previsión procede del art. 2.4 DVC, que la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores no altera, y que recoge el art. IV.A.-2:303 DCFR<sup>37</sup>. En esta línea, el art. 1476 de la propuesta de la CGC dispone:

«Para determinar el uso, calidad y prestaciones se tendrán en cuenta las declaraciones públicas sobre las características de la cosa hechas por el vendedor, el fabricante, el importador o por cualquier otra persona que haya intervenido en la cadena de comercialización y, en particular, en la publicidad o el etiquetado.

El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas:

1.º Que no provengan de él si demuestra que las desconocía y el comprador no podía razonablemente esperar que las conociera.

2.º Que dichas declaraciones habían sido rectificadas al tiempo de la celebración del contrato.

3.º Que no pudieron haber influido en la decisión de comprar el bien.»

Parece, pues, que la propuesta se preocupa por limitar la vinculación del vendedor a las declaraciones públicas, de gran impacto en campañas publicitarias y de marketing<sup>38</sup>. En todo caso, la carga de probar el desconocimiento o que no influyeron en el comprador pesa sobre el vendedor.

### 3. EL CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD POR EL COMPRADOR

De acuerdo con el art. 2.3 DVC, no existe falta de conformidad cuando al tiempo de la conclusión del contrato el consumidor conocía el defecto o no podía ignorarlo fundamentadamente, ni tampoco si tiene su origen en materiales suministrados por el comprador<sup>39</sup>. Siguiendo su senda, establece el art. 1478 de la propuesta de la CGC:

<sup>37</sup> Véase, además, el art. 7:18 del Código civil holandés o el § 434.1 BGB, ejemplos de generalización a cualquier contrato de compraventa de la previsión de la DVC. No obstante, Jules STUYCK, «The Provisions on Consumer Sales», en Hans Schulte-Nölke, Lubos Tichy (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Munich, 2010, p. 42, opina que a veces puede resultar inequitativo imponer responsabilidad al vendedor por declaraciones públicas hechas por un tercero con quien no guarda relación en la cadena comercial, sin que pueda alegar ni desconocimiento ni asumir los costos de corregir dichas declaraciones.

<sup>38</sup> MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1636.

<sup>39</sup> Proviene del art. 35.3 CISG y en términos parecidos se expresa el art. IV.A.-2:307 DCFR.

«Se considerará que no existe falta de conformidad si, al celebrarse el contrato, el comprador la conocía, o no podía fundamentadamente ignorarla o fuera imputable a directrices del comprador o a materiales facilitados por él con tal que el vendedor haya hecho las oportunas advertencias.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el vendedor haya prometido poner la cosa en conformidad.»

Con respecto a la DVC, la propuesta recoge dos matices indicados por Morales Moreno<sup>40</sup>: en el caso del suministro de materiales por el comprador, el vendedor tiene el deber de advertirle de su inidoneidad, de modo que si cumple con ese deber, la falta de conformidad no le es imputable y, a la inversa, si ha detectado esa inidoneidad pero no la comunica al comprador, no deberá poder escudarse en este art. 1478 para eximirse de las consecuencias del incumplimiento; y la posibilidad del vendedor de prometer poner la cosa en conformidad, lo que al fin y al cabo no es sino una concreción del *right to cure*<sup>41</sup> del deudor aplicado a este supuesto concreto.

La referencia que se contiene en los art. 1478 y 1489 de la propuesta de la CGC al comprador que «no podía fundamentadamente ignorar» o que «hubiera podido conocer» la falta de conformidad suscita alguna reflexión final, sobre la base de que siendo dicho criterio adecuado, abre la puerta a considerar el deber de inspeccionar los bienes. El art. 1478.I de la propuesta no hace sino incorporar el art. 2.3 DVC, pero nuevamente procede acudir a la propuesta de directiva de derechos de los consumidores, pues se observa una discordancia no menor entre las redacciones española e inglesa, pues si de acuerdo con la primera se excluye la falta de conformidad si el consumidor «cabía razonablemente esperar que (...) tuviera conocimiento de la falta de conformidad», la versión inglesa utiliza un verbo con connotación de deber: «should reasonably have been aware of, the lack of conformity». Si se impusiere la idea que cabe asociar al verbo «should», podría discutirse la existencia de una carga general de inspeccionar los bienes. En aras de la mayor claridad de las normas legales, valdría la pena dejar zanjada la cuestión. Con todo, no sería descabellado excluir la falta de conformidad cuando, aunque no hubiera deber de hacerlo, el comprador profesional decidiera examinar los bienes y en este examen previo hubiera podido descubrir el defecto, salvo que el vendedor hubiera asegurado que la cosa no tenía defecto alguno o que se comprometiera a subsanar el defecto, lo que sí contempla el art. 1478.II de la propuesta de la CGC.

<sup>40</sup> MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1636.

<sup>41</sup> Véase Jonhatan YOVEL, «The Seller's Right to Cure a Failure to Perform: An Analytic Comparison of the Respective Provisions in the CISG and the PECL», disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906604](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906604).

#### 4. ALIUD PRO ALIO Y FALTA DE CONFORMIDAD

Definida la falta de conformidad como la discrepancia entre la prestación diseñada o ideal y la prestación realmente llevada a cabo, puede argumentarse que la entrega de una cosa completamente distinta a la pactada no puede reputarse en puridad un supuesto de falta de conformidad, pues no se produce prestación defectuosa; no obstante, eso supone romper con un concepto unitario de incumplimiento. Por ello, algunos códigos civiles especifican que la entrega de una cosa distinta a la pactada constituye, también, falta de conformidad; así, por ejemplo, el § 434(3) BGB, según el que «se equipara a un vicio material la entrega por el vendedor de una cosa distinta», o el art. 7:17.3 del Código civil holandés. En esta línea se sitúa el art. 1474.II de la propuesta de la CGC: «La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». El DCFR rechaza la distinción entre cosa materialmente no conforme y *aliud*, sobre la base de la noción única de conformidad que cubre todos los supuestos, incluido el de la entrega de cosa completamente distinta a la pactada<sup>42</sup>. La práctica de la jurisprudencia española<sup>43</sup> de distinguir entre vicios y *aliud* aconseja una norma propedéutica que no deje dudas sobre la inclusión del caso del *aliud* en la noción de falta de conformidad como promueve la CGC<sup>44</sup>, pues entregar una prestación completamente distinta a la diseñada es igualmente no realizar con corrección esta última.

#### 5. CONFORMIDAD MATERIAL Y CONFORMIDAD JURÍDICA

Antes he destacado que el concepto de falta de conformidad pretende ser omnicompreensivo de cualquier modalidad de incumplimiento contractual. Ello permite incluir tanto la conformidad material, a la que hasta ahora se ha venido haciendo referencia,

<sup>42</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario E al art. 2:201, p. 1275. De acuerdo con este planteamiento, Loos, «Sales law in the DCFR», pp. 19-20.

<sup>43</sup> Nieves FENOY PICÓN, «Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español», Madrid, 1996, pp. 195 ss. En la jurisprudencia, entre otras muchas, STS 4 de abril de 2005 (RJ 2700: entrega de vivienda con termitas que la hacen inhabitable) o 25 de febrero de 2010 (RJ 1406: entrega de vivienda con cimientos inidóneos que provocan grietas y fisuras que la hacen inhabitable). No obstante, obsérvese la SAP Córdoba, sec. 1ª, 1 de octubre de 2009 (JUR 39714): «La nueva ley (...) introduce el concepto de falta de conformidad, con la particularidad de que dentro de este se engloban no sólo los conceptos de vicio o defecto sino también el *aliud pro aliud* o prestación diversa».

<sup>44</sup> En la doctrina, por ejemplo MARCO MOLINA, «La garantía», p. 2301, considera que los defectos (conformidad) y el incumplimiento (*aliud*) subsisten como categorías distintas en la DVC.

cuanto la conformidad jurídica, es decir, la que todavía el Código civil vigente regula como evicción y saneamiento por vicios y gravámenes ocultos<sup>45</sup>. El BGB anuncia que la cosa vendida tiene que estar libre de vicios materiales y jurídicos en el § 433(1), lo que después desarrolla en dos párrafos distintos (§ 434 los vicios materiales, § 435 los vicios jurídicos). En cambio, el DCFR no distingue y se limita a definir la compraventa sobre la base de la transmisión de la propiedad (art. IV.A.-1:202) y a enfatizar la obligación de entregar bienes conformes sin ulterior concreción (art. IV.A.-2:101), siendo luego en la sección dedicada a la conformidad donde trata de los derechos de terceros (art. IV.A.-2:305 y 2:306). No existe, pues, un modelo único en derecho comparado, y la decisión sobre un estilo de redacción u otro puede depender, en el caso español, del acento que se quiera poner en la novedad de la regulación en relación con la que se contiene en el Código civil.

Morales Moreno<sup>46</sup> ha ofrecido diversas razones para pasar de la evicción y el saneamiento por vicios y gravámenes ocultos a la falta de conformidad: que no proporciona una protección adecuada al comprador, puesto que tiene que esperar al resultado del proceso iniciado por el tercero para poder reclamar al vendedor; que la reclamación sólo repara parcialmente los daños sufridos; y su escasa aplicación en la jurisprudencia. Aunque la propuesta de la CGC distingue en su art. 1445 entre que los bienes han de ser conformes y «libres de derechos de terceros», la opinión del profesor Morales Moreno se ha reflejado en el art. 1490 de la propuesta, cuando dispone que «[s]i un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador, podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el artículo 1482», que son precisamente los remedios ideados para la falta de conformidad.

## 6. EL EXCESO DE CABIDA

Las normas a que hasta ahora se ha hecho referencia están todas ellas pensadas inicialmente para bienes muebles, pues tanto la CISG como la DVC o el DCFR sólo tienen como objeto los muebles, aunque su extensión a los bienes inmuebles en códigos civiles como el holandés o el alemán no ha planteado mayor problema. No obstante, en tema de cumplimiento, el vigente Código civil contiene una

<sup>45</sup> MORALES MORENO, «Adaptación», pp. 1613-1617; FENOY PICÓN, «El sistema de protección», pp. 72 ss.

<sup>46</sup> MORALES MORENO, «Adaptación», pp. 1645-1646.

regla específica cuando el objeto de la venta es un inmueble: la cabida. Se trata de los art. 1469 a 1471. Pues bien, los problemas relativos a la cabida de la finca son igualmente susceptibles de ser reconducidos a la noción de no conformidad. Morales Moreno ha afirmado que deben suprimirse los vigentes art. 1469 a 1472 del Código civil y aplicar a los defectos de cabida las reglas generales previstas para el incumplimiento y las especiales de la compraventa sobre falta de conformidad, para evitar un sistema distinto de acciones<sup>47</sup>. En una línea similar se expresa el Código civil neerlandés, puesto que su art. 7:17.6 prevé que en la venta de inmuebles la declaración en cuanto a las dimensiones superficiales se presume meramente indicativa, sin que se exija la conformidad. No puede extrañar, pues, que la propuesta de la CGC opte por esta vía, y así su art. 1477 establece lo siguiente: «[s]i no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta, en la venta de inmueble no constituirá falta de conformidad de la cosa el que la cabida sea distinta de la expresada al contratar, pero sí lo será el que el vendedor no entregue todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada». La finca aparece delimitada por los linderos, y lo que se vende es la finca contenida en esos linderos, con independencia de la concreta cabida, por lo que no puede haber falta de conformidad, salvo que el vendedor no entregue toda aquella superficie comprendida entre los linderos, supuesto que coincide con la noción general de conformidad del art. 1474 de la propuesta, esto es, que la cosa entregada debe ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo. La referencia a la cabida, cuando se vende una finca en base a sus linderos, es meramente enunciativa.

Cosa distinta es que el inmueble se haya vendido con la expresión de una concreta cabida, en razón de un precio por unidad de medida, y la cabida real sea distinta de la expresada. En este caso, lo que procede no es aplicar los remedios para el caso de incumplimiento, sino simplemente reajustar el precio en función de la superficie exacta que se ha vendido. Esto es lo que propone la CGC en el art. 1448: «A salvo lo dispuesto en el artículo 1477, si la venta de un inmueble se hubiera hecho con expresión de su cabida en razón de un precio por unidad de medida y la cabida real fuera distinta de la expresada, podrá pedirse el reajuste proporcional del precio dentro de los seis meses siguientes al día de la entrega de la cosa. Cuando la cabida real excediera en una vigésima parte podrá el comprador, en dicho plazo, desistir del contrato, notificándolo al vendedor y éste podrá impedir dicho

<sup>47</sup> MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1633.

desistimiento aceptando sin demora que el incremento del precio no rebase la vigésima parte». Este último inciso intenta evitar el perjuicio del comprador si el aumento de precio es excesivo para él, de modo que se fija un límite del 20 por ciento, por encima del cual puede desistir del contrato, salvo que el vendedor acepte un incremento del precio que no supere dicho porcentaje, con independencia de la superficie real transmitida. El único pero que cabe objetar es la ubicación sistemática del artículo, separado del resto de los dedicados a la conformidad.

## 7. EL MOMENTO DE LA CONFORMIDAD

Otra cuestión a analizar es el momento en que debe apreciarse la conformidad y, por consiguiente, la responsabilidad por el incumplimiento del vendedor. En el modelo CISG, es el momento de la transmisión del riesgo, según resulta de su art. 36.1: «El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento». Lo mismo prevé el art. IV.A.-2:308 DCFR: «The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time»<sup>48</sup>. Diversos códigos civiles reformados o recientes recogen esta misma solución: § 434(1) BGB, art. 458.1 Código de Obligaciones de Eslovenia, art. 218.1 Ley de Obligaciones de Estonia. En cambio, el art. 3.1 DVC no toma en consideración el momento de la transmisión del riesgo, sino que establece que «[e]l vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien»; sin embargo, el art. 25 de la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores varía el criterio y se decanta igualmente por el momento de la transmisión del riesgo: «El comerciante será responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo se transfiera a éste». El art. 1481 de la propuesta de la CGC se orienta, como no podía ser menos, en esta dirección: «El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo a éste»<sup>49</sup>. ¿Cuándo se produce la transmisión del riesgo? De nuevo

<sup>48</sup> Los comentarios lo justifican porque hasta ese momento los bienes están bajo el control del vendedor; véase *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al art. IV.A.-2:308, pp. 1310-1311.

<sup>49</sup> Al respecto, MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1634.

siguiendo las tendencias internacionales, el art. 1452 de la propuesta de la CGC prevé que el riesgo «corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa», y añade a continuación en el párrafo segundo que cuando el vendedor tiene que poner la cosa a disposición del comprador para que este la retire al establecimiento de aquel, «no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla»<sup>50</sup>.

La norma sobre el momento de la conformidad suele ser precisada en el caso de las ventas de consumo. El art. 5.3 DVC dispone que «[s]alvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad»<sup>51</sup>. Esta norma se ha incorporado al DCFR (art. IV.A.-2:308), si bien los seis meses se cuentan desde el momento de la transmisión del riesgo; una norma que, por ejemplo, existe en el art. 7:18.2 del Código civil holandés. Con todo, hay que vigilar la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores, ya que la versión inglesa o la francesa –no la española, la alemana o la italiana– abandonan la redacción alternativa y pasan a otra cumulativa: «unless this presumption is incompatible with the nature of the goods *and* the nature of the lack of conformity»<sup>52</sup>. En el caso de los bienes que tienen que instalarse, el apartado (3) del art. IV.A.-2:308 matiza que los seis meses se cuentan desde que se completa la instalación, norma ausente tanto de la DVC como de la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores. Loos<sup>53</sup> considera adecuado incorporar el criterio sugerido conjuntamente por las *Law Commission* inglesa y escocesa en el sentido de que esta presunción de que la falta de conformidad existía en los seis meses anteriores debería extenderse a los supuestos en que el vendedor vuelve a entregar la posesión después de reparar o sustituir la cosa vendida defectuosa. El legislador español debería tomar

<sup>50</sup> Para la justificación de esta norma, MORALES MORENO, «Adaptación», p. 1634.

<sup>51</sup> La jurisprudencia aplica con contundencia esta presunción a favor del consumidor. Por ejemplo, SAP Barcelona, secc. 13, 15 de diciembre de 2009, JUR 2010/108422: «corresponde al actor y/o al fabricante (art. 217 LEC) la prueba de que el uso fue incorrecto (la prueba de la culpa del demandado), para liberarse de su obligación de responder, por cuanto se presume el obrar correctamente (funcionó correctamente durante seis meses), lo que no puede quedar desvirtuado con el documento unilateral del servicio técnico, sin nada más que lo objetive» (automatismo de puerta que no funciona al accionar el mando); SAP Barcelona, secc. 13, 12 de marzo de 2008, JUR 2008/142595 (PDA cuyo conector no funciona); SAP Huelva 6 de mayo de 2008, JUR 2009/55893 (vehículo con avería); SAP Murcia, sec. 1ª, 8 de julio de 2010, JUR 296741 (vehículo con avería).

<sup>52</sup> Véase LOOS, «Consumer Sales», p. 30.

<sup>53</sup> Loos, «Consumer Sales», p. 31.

nota de este criterio para completar, por lo menos a favor del consumidor, la regulación relativa al momento de la conformidad.

## 8. OTRAS NORMAS SOBRE CONFORMIDAD

Hay otras normas sobre conformidad en algunos de los derechos nacionales codificados o recodificados durante los últimos años que incitan a la reflexión. Por ejemplo, el art. 458 del Código de Obligaciones de Eslovenia advierte de que los defectos materiales insignificantes no deben ser tomados en consideración. Esta norma dice algo más que el art. 3.6 DVC y el art. 1486 de la propuesta de la CGC, según el cual el consumidor no puede recurrir a la resolución del contrato cuando la falta de conformidad tiene escasa importancia. La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores insiste en la misma idea, aunque la formula de manera negativa («El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia») en su art. 26.3. La generalización de esta norma a toda compraventa y comprendiendo todos los remedios y no solo la resolución podría disuadir de iniciar pleitos bagatela y aligerar la carga de trabajo de nuestros tribunales, si bien debe ponderarse que por su carácter abierto podría incitar las controversias sobre si el defecto es o no insignificante y no provocar el efecto deseado.

Por otra parte, de los § 436(2) BGB y 218.2 de la Ley de Obligaciones de Estonia se desprende la idea de que el vendedor no responde por falta de conformidad de los impuestos o tasas a que esté sujeta la cosa vendida cuya existencia ignorase.

## IV. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN OTROS CONTRATOS O ACTOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA

La propuesta de la CGC introduce la noción de falta de conformidad en el Código civil sustituyendo las normas de saneamiento basadas en las antiguas acciones edilicias. Con todo, la propuesta de la CGC abraza sólo la teoría general de la obligación y el contrato y el contrato de compraventa, pero no otros contratos. Y, sin embargo, las normas de saneamiento actualmente vigentes aparecen en sede de donación (art. 638) y arrendamiento (art. 1553), además de la partición de herencia (art. 1069 y 1070). La propuesta pretende armonizar la regulación del Código civil mediante una «Disposición general. Disposición adicional» (*sic*) cuyo contenido

es el siguiente: «Las referencias contenidas en cualquier disposición al régimen del Código civil sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos se entenderán hechas, en lo pertinente, al régimen que establecen las Secciones segunda y tercera del Capítulo 111 (*sic*) del Título IV del Libro IV», esto es, a las reglas de la compraventa que se acaban de analizar. Por otra parte, el DCFR, cuando regula el contrato de servicios, trata también de la conformidad de la prestación. Por ello, parece necesario detenerse en las particularidades de la conformidad aplicada al arrendamiento, al contrato de servicios y a la donación, a la luz del contenido en la materia del DCFR.

## 1. EL ARRENDAMIENTO

El art. 1553 del Código civil remite a la compraventa en materia de saneamiento, con el único matiz de establecer en su segundo párrafo que «[e]n los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa»<sup>54</sup>. La doctrina entiende que esta remisión lo es tanto al régimen de la evicción como de los vicios ocultos<sup>55</sup>. Cámara Lapuente<sup>56</sup> ha destacado la rareza de esta norma en el derecho comparado, pues la mayoría de ordenamientos jurídicos más próximos contienen reglas *ad hoc* de mayor o menor detalle sobre el saneamiento en el arrendamiento, además de una cierta duplicidad con las normas que específicamente prevén la garantía del goce pacífico del arrendatario. A criterio de este autor, la remisión a las normas de la compraventa no es completamente inútil, sino que aporta las siguientes concreciones que no se alcanzan por entero aplicando

<sup>54</sup> Ya que presupone la inidoneidad total de la cosa arrendada, que es devuelta al arrendador quien a su vez reintegra el precio, esta norma podría plantear hoy un problema de coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia europeo en la sentencia *Quelle* (asunto C-404/06), puesto que entendió que «el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien». Ciertamente que la sentencia trata de compraventa, pero si pensamos en el supuesto del consumidor que alquila un vehículo durante las vacaciones y que debe ser sustituido por otro al cabo de dos días, la doctrina quizás podría también aplicarse.

<sup>55</sup> Luis Díez-PICAZO, Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 2005<sup>9</sup>, p. 335; José Luis LACRUZ *et al*, *Elementos de derecho civil*, II-2<sup>o</sup>, 4<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 2009, p. 128. El profesor Díez-Picazo, con todo, alerta de las dificultades de la remisión en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, IV, Madrid, 2010, pp. 266-268.

<sup>56</sup> Sergio CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento de bienes muebles*, Cizur Menor, 2008, pp. 345-346.

sólo las normas locativas de garantía del goce pacífico: la reducción de la renta ante el surgimiento de los vicios ocultos irreparables o el saneamiento en caso de evicción con la garantía procesal de los arts. 1481 y 1482 del Código civil. Las concreciones que de ello derivan serían las siguientes: la obligación del arrendador de manifestar al arrendatario antes de concluir el contrato los vicios o defectos que tuviere la cosa, que se inferiría del art. 1484; la aplicabilidad de las normas de incumplimiento locativo que se manifiesten transcurridos los seis meses de la pretensión edilicia, siendo compatibles ambos remedios durante los seis meses de plazo, es decir, el arrendatario ante la presencia de vicios podrá optar por resolver el contrato abonando los gastos o rebajar proporcionalmente el precio del contrato; en caso de pérdida de la cosa por el vicio oculto, el régimen del saneamiento permite eludir la presunción de culpabilidad del art. 1563, con lo que se aplicaría el régimen de los arts. 1487 y 1488<sup>57</sup>. En cuanto a la evicción, que supondría privar al arrendatario del goce total o parcial de la cosa en virtud de un derecho anterior de tercero por sentencia firme, tiene como primer efecto la restitución del precio con la matización que introduce el art. 1553.2; si la cosa es fructífera, cabe la condena a entregar los frutos y rendimientos, las costas del pleito y los gastos del contrato; y, finalmente, en caso que el arrendador obrara de mala fe, el arrendatario podrá exigir los daños y los gastos voluntarios o de puro ornato<sup>58</sup>.

En contraposición, el DCFR ofrece unas reglas exclusivas de conformidad dentro del capítulo dedicado al arrendamiento de bienes muebles. Estas reglas de conformidad se refieren tanto al momento de la entrega de la cosa al arrendatario como durante la vigencia del contrato<sup>59</sup>. La conformidad del bien arrendado en el momento

<sup>57</sup> De modo que si la cosa arrendada se pierde siendo los vicios conocidos por el arrendador, este sufre la pérdida y debe restituir el precio con disminución proporcional por el tiempo de goce y abonar los gastos del contrato más los daños y perjuicios; si no los conocía, debe restituir el precio con la mentada disminución proporcional y abonar los gastos; si la cosa viciada se pierde luego por caso fortuito o culpa del arrendatario, cabría solicitar una devolución proporcional de la renta avanzada o compensar parcialmente la cantidad que deba el arrendatario al arrendador por la pérdida de la cosa, y si el arrendador obró de mala fe, este deberá indemnizar los daños y perjuicios. Véase CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento*, pp. 350 ss.

<sup>58</sup> CÁMARA LAPUENTE, *El arrendamiento*, pp. 356 ss.

<sup>59</sup> Como dice Kåre LILLEHOLT, «A European Law of Lease?», en Antoni Vaquer (ed.), *European private law beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, p. 60, «[t]he time aspect of the lease contract calls for additional rules on conformity of the goods during the lease period». Los comentarios al DCFR ofrecen dos argumentos para esta distinción: «First, the requirements concerning the condition of the goods are normally not exactly the same during the lease period as they are at the start of the lease period. This is obvious in contracts where the obligation to repair and maintain is shared between the parties. Even where the lessor is obliged to keep the goods in the original condition throughout the lease period, the lessee must normally tolerate some discrepancies due to ordinary wear and tear. Second, the remedies for non-performance can be influenced by differences in factual situations; during the lease period it is quite possible that non-confor-

inicial del contrato se regula en los arts. IV.B.-3:102 y 3:201, siguiendo básicamente el modelo de la compraventa<sup>60</sup>. Se considera igualmente la falta de conformidad por la instalación incorrecta si se trata de contratos con consumidores, si la instalación corrió a cargo del arrendador o las instrucciones no eran apropiadas<sup>61</sup>.

La gran novedad con respecto al derecho español es la norma sobre conformidad durante la vigencia del contrato (art. IV. B.-3:104):

«(1) The lessor must ensure that throughout the lease period, and subject to normal wear and tear, the goods:

(a) remain of the quantity, quality and description required by the contract; and

(b) remain fit for the purposes of the lease, even where this requires modifications to the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply where the rent is calculated so as to take into account the amortisation of the cost of the goods by the lessee.

(3) Nothing in paragraph (1) affects the lessee's obligations under IV.B.-5:104 (Handling the goods in accordance with the contract) paragraph(1)(c).»

De acuerdo con este precepto, la conformidad debe garantizarse a lo largo del período de vigencia del contrato, salvo el deterioro normal de las cosas por su uso normal. Por ello, la cosa arrendada debe permanecer de la cantidad, calidad y descripción existentes en el contrato a lo largo de toda su duración y mantenerse adecuada para los usos acordados, habiendo de modificar el arrendador los bienes para ello si es necesario, pero sin olvidar el deber de conservación que compete al arrendatario, que no resulta afectado<sup>62</sup>. Esta obligación de

---

mity is caused by factors beyond the lessor's control and even by the lessor's non-performance». *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, com. A al art. 3:102, p. 1490.

<sup>60</sup> Así se advertía ya en los *PEL Lease of Goods*, prepared by Käre LILLEHOLT *et al*, München, 2008, comentario A al art. 3:102: «The rules are parallel to the rules on sales contracts».

<sup>61</sup> «IV. B. – 3:105: Incorrect installation under a consumer contract for the lease of goods Where, under a consumer contract for the lease of goods, the goods are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if:

(a) the goods were installed by the lessor or under the lessor's responsibility; or  
(b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to shortcomings in the installation instructions».

<sup>62</sup> Los comentarios a los *PEL Lease of Goods* (com. A.1 al art. 3:104, p. 175) señalaban que se optaba por una regulación «based on a mixed model where the obligations regarding maintenance etc. are distributed between the parties. The rules must be accompanied by a test of reasonableness, taking into account the circumstances of each case». Luego, los comentarios al DCFR remiten a los pactos entre las partes para resolver la cuestión de hasta dónde alcanza la obligación de conformidad que pesa sobre el arrendador

mantener la conformidad sólo se excepciona en el caso de que el precio del arrendamiento ya contemple la amortización del coste de los bienes. La garantía de conformidad se traduce en la facultad del arrendatario de exigir el cumplimiento de la obligación del arrendador (art. IV.B.-4:101) y de reducir la renta contractual (art. IV.B.-4:102<sup>63</sup>, aunque no se concreta cómo debe calcularse esa reducción)<sup>64</sup>. Pesa sobre el arrendatario la carga de notificar la falta de conformidad al arrendador; la inobservancia de esta carga supone que el arrendatario pierde el derecho a reducir la renta (apartado 3 del art. IV.B.-4:102).

La regulación que proporciona el DCFR permite la crítica de la propuesta de la CGC al simplemente remitirse a la regulación de la compraventa. Esa remisión es insuficiente, en particular porque no contempla la conformidad mientras está vigente el contrato y los remedios ante esa falta de conformidad sobrevenida, que en la compraventa, por no ser un contrato de tracto sucesivo, no se prevé. En realidad, se agradecería una regulación de nueva factura de todo el contrato de arrendamiento, pero, por lo menos, debe completarse esa exigua remisión con una regulación extensa de las peculiaridades del saneamiento (léase conformidad) en el contrato locativo.

## 2. EL CONTRATO DE SERVICIOS

El DCFR organiza la regulación del contrato de servicios en una parte general y diversos contratos particulares de servicios en una parte especial, con hasta seis concretos contratos<sup>65</sup>. En la parte general, la conformidad con el contrato es nombrada, pero sin concretar su contenido. Por una parte, el art. IV.C.-2:104 se refiere a que las herramientas y materiales que utilice el prestador de servi-

y el de conservación del arrendatario. Véase *Draft Common Frame of Reference, Full edition*, comentario A al art. IV.B.-3:1204, p. 1499.

<sup>63</sup> «The lessee may reduce the rent for a period in which the value of the lessor's performance is decreased due to delay or lack of conformity, to the extent that the reduction in value is not caused by the lessee».

<sup>64</sup> Los *PEL Lease of Goods*, comentario E.14 al art. 4:101, p. 191, a falta de norma específica, remitan al hoy art. III.-3:601(1) DCFR, según el cual la reducción del precio debe ser proporcional a la disminución del valor de la prestación recibida en comparación con la prestación debida, señalando lo siguiente: «If the rent is agreed for certain periods, the agreed rent will normally indicate the proportionate reduction in value for periods where the goods have not been available. In other cases the reduction in value must be established using other criteria». Esto último presupone una buena dosis de arbitrio judicial, lo que resulta poco menos que inevitable cuando el arrendatario ha podido obtener sólo parcialmente las utilidades derivadas del uso (por ejemplo, quien alquila un equipo informático al que le falla el acceso a internet pero que desarrolla a la perfección el resto de aplicaciones; la reducción de la renta puede variar en función de la necesidad de uso de la conexión a internet por el arrendatario).

<sup>65</sup> Véase Paloma DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *InDret*, 3/2008, p. 3.

cios sean conformes con el contrato<sup>66</sup>, y el art. IV.C.-2:110 se ocupa de la carga del cliente de notificar la «anticipated non-conformity»<sup>67</sup>, esto es, de advertir al prestador de servicios de que no logrará cumplir su obligación, siempre, claro está, que se percate de ello.

Por consiguiente, debe acudir a los contratos de servicios específicamente regulados para hallar qué se entiende por conformidad. Pues bien, en líneas generales la noción de conformidad es la misma. El servicio realizado debe cumplir objetivamente con los parámetros de cantidad, calidad y descripción indicados en el contrato; así resulta del art. IV.C.-3:104(1) en materia de contrato de construcción<sup>68</sup>, 5:105(3) en materia de contrato de almacenamiento<sup>69</sup> y 7:105(1) en materia de contrato de asesoramiento<sup>70</sup>. De nuevo la conformidad o no de la prestación se obtiene de la comparación entre la prestación real y la ideal según se acordó al concluir el contrato, tomando como parámetro de la comparación el resultado que espera obtener el cliente; de hecho, el art. IV.C.-3:104 se presenta oficialmente como una aplicación y concreción del art. IV.C.-2:106 que asienta la obligación de obtener un resultado como característica definitoria del contrato de servicios<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Según el comentario A a este artículo, en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1637, se trata de una «strict obligation to select tools, materials and other components of such quality as is needed to ensure that the result the client wishes to obtain through the service will actually be achieved». El subrayado se explica porque el comentario demuestra la objetividad de la conformidad de la prestación en base a las expectativas de un resultado acordado en el contrato de servicios.

<sup>67</sup> Esta carga deriva del deber de cooperación de las partes, pero los comentarios oficiales se apresuran a dejar claro que no se impone ninguna investigación al cliente sobre la actuación del prestador de los servicios, y se insiste en la vinculación entre conformidad y obtención del resultado proyectado en el contrato. Véase *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.C.-2:110, p. 1637.

<sup>68</sup> «The constructor must ensure that the structure is of the *quality and description* required by the contract. Where more than one structure is to be made, the *quantity* also must be in conformity with the contract» (énfasis añadido).

<sup>69</sup> «If, given the nature of the thing or the contract, it cannot reasonably be expected that the same thing is returned, the storage of the thing does not conform with the contract if the thing which is returned is not in the same *condition* as the thing which was handed over for storage, or if it is not of the same *kind, quality and quantity*, or if ownership of the thing is not transferred in accordance with paragraph (6) of IV. C. – 5:104 (Return of the thing stored)» (énfasis añadido). El comentario A (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1823) insiste en la idea ya reseñada: «The present Article (...) implies an obligation of result».

<sup>70</sup> «The provider must provide information which is of the *quantity, quality and description* required by the contract» (énfasis añadido). De acuerdo con el comentario A (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1905), salvo que se especifique como mera obligación de medios, será de resultado.

<sup>71</sup> El art. IV.C.-2:106 dispone lo siguiente: «The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:

(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and

(b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service». Pues bien, como decíamos en el texto, el comen-

Además, se tienen en cuenta las legítimas expectativas de la parte. Así se establece para el contrato de construcción en el art. IV.C.-3:104(2). Por un lado, lo construido debe ser idóneo para aquellos fines particulares para los que se usaría una construcción del mismo tipo. Pero, además, debe ser idóneo para el fin concreto que de manera expresa o implícita el cliente haya hecho saber al constructor en el momento de la conclusión del contrato o en el momento de introducir alguna modificación contractual de acuerdo con el art. IV.C.-2:109. De manera similar, para el contrato de almacenamiento se prevé que existe falta de conformidad cuando la cosa no se devuelve al cliente en el estado que este podía razonablemente esperar [art. IV.C.-5:105(2)]. Se combina de este modo, pues, un enfoque objetivo (la cantidad, la calidad, la descripción, el tipo) con otro subjetivo (las expectativas razonables del cliente).

Este cuadro se completa con la invocación que efectúa el art. IV.C.-6:104(1) al resultado prometido dentro de la regulación del contrato de diseño. En efecto, dispone este precepto que «[t]he design does not conform to the contract unless it enables the user of the design to achieve a specific result by carrying out the design with the skill and care which could reasonably be expected». En este contrato, las expectativas del cliente se objetivizan hasta llegar al resultado: sólo hay conformidad y, por tanto, cumplimiento, si el diseño permite alcanzar un resultado específico, aunque a la vez se invoque la diligencia («skill and care»)<sup>72</sup>.

Sólo en el contrato de tratamiento médico<sup>73</sup> y en el de *processing* no se observa referencia alguna a la conformidad. Ahora bien, por lo que a este último se refiere, la misma idea puede hallarse subyacente. En efecto, el art. 4:105 prevé la facultad del prestador de servicios de devolver la cosa si tiene el servicio por «sufficiently completed», pese a lo que el cliente puede rechazar la devolución «when the thing is not fit for use in accordance with the particular purpose for which the client had the service performed». Es claro que, aunque no se use expresamente el término «conformidad», su concepto late en este texto legal, pues la conformidad, como ya se

tario A al art. IV.C.-3:104 precisa que este precepto «is a specific application and refinement of IV.C.-2:106 (...). The client may expect that the result will be achieved» (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 1717). A continuación, se indica que la responsabilidad por la calidad del resultado es objetiva (comentario B y, en particular, comentario D), sin que el cliente tenga que preocuparse por el proceso seguido por el prestador, salvo que observe anticipadamente la inidoneidad, supuesto en que hay que tener en cuenta el art. IV.C.-2:110 contemplado *supra* en la nota 66.

<sup>72</sup> Si bien el prestador del servicio no será responsable si la falta de conformidad se debe a las instrucciones proporcionadas por el cliente, matiza el apartado (2) de este art. IV.C.-6:104.

<sup>73</sup> En el que se habla de una obligación de «skill and care» en el art. IV.C.-8:104.

ha indicado, supone la idoneidad de la prestación realizada («fit for use») en relación con la prestación diseñada teniendo en cuenta las expectativas legítimas del cliente. Por lo tanto, también en el contrato de *processing* rige la conformidad como medida del cumplimiento del prestador de servicios.

¿Puede concluirse que en el DCFR la conformidad es un criterio general de valoración de la prestación en el contrato de servicios que se diseña? La respuesta, a pesar de cuanto se ha dicho hasta ahora, suscita la duda. Puede afirmarse que sí por lo menos en todos los supuestos en que el prestador de servicios se obliga a obtener un determinado resultado, obligación que, en el sistema del DCFR, se presume para todo contrato de servicios, salvo que otra cosa resulte de los pactos entre las partes o del concreto tipo contractual. Prueba de ello es que se alude como criterios de conformidad a la especie, a la cantidad, a la calidad o a la descripción de la prestación, ideas que sólo encajan con un resultado, y las más de las veces con un resultado tangible o mensurable, incluido el supuesto del asesoramiento<sup>74</sup>. Y justamente aquí radica la dificultad, pues cabe que las partes hayan configurado el contrato de servicios como de mera actividad, que la prestación lo sea de medios<sup>75</sup>. Si así ocurre, el prestador de servicios se obliga simplemente a realizar una actividad diligente («skill and care»), como en el caso del tratamiento médico, y esa pretendida objetividad de la conformidad se desvanece. Por supuesto, cabría referir la conformidad a la apreciación de la diligencia exigible, entendiendo que el resultado lo constituye el mismo tratamiento aplicando los conocimientos periciales exigibles, es decir, que en definitiva todo servicio supone un resultado, aunque este sea la misma prestación del servicio de acuerdo con la corrección profesional esperable<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Por ejemplo, en un contrato de asesoramiento por un *broker*, si se alcanza la rentabilidad prometida; en el contrato con un analista de costes, si se consigue la disminución de gastos estipulada; en el contrato con un asesor jurídico, si la información que proporciona sobre el derecho urbanístico de tal conurbación de un determinado país es correcta.

<sup>75</sup> Sobre si el contrato de servicios en el DCFR supone siempre un resultado o no, compárense las aportaciones con conclusiones distintas de BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», pp. 13 ss; Carmen VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, Madrid, 2009, pp. 464 ss (tratando sobre los PEL Services y no todavía sobre el DCFR); Thomas KADNER GRAZIANO, «Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference», en Reinhard Zimmermann (ed.), *Service Contracts*, Tübingen, 2010, pp. 67 ss.

<sup>76</sup> En esta misma idea incide el profesor Antonio Manuel MORALES MORENO en un trabajo inédito que muy amablemente me ha facilitado («Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros»), con contundencia: «La utilización de la noción de culpa, entendida de modo objetivado y normativizado (conforme a las reglas del modelo de conducta exigible), no nos impide afirmar que en este caso el incumplimiento es también la falta de realización de las exigencias del contrato. Lo cual, visto desde la prestación significa, objetivamente, la falta de conformidad

El derecho español no contiene normas sobre conformidad en el contrato de servicios. Incluso el anteproyecto de Ley por el que se modificaba la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obras seguía refiriéndose a los «vicios y defectos» en el art. 1594<sup>77</sup>, por lo que en este sentido no innovaba el todavía vigente art. 1591 CC; y también la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, mantiene los vicios como base en su art. 17. El anteproyecto de modernización no contempla la sustitución del régimen de los vicios constructivos por el de la conformidad a semejanza de cuanto ocurre con el término «saneamiento», ni una regulación homologable del contrato de servicios. De este modo, entre la ardua tarea que corresponde a la Comisión General de Codificación, está la de actualizar la regulación del contrato de servicios y decidir si la conformidad, como sería deseable, deviene también aplicable al contrato de servicios.

### 3. LA DONACIÓN

El DCFR configura a la donación como un contrato<sup>78</sup>. Esta es la concepción mayoritaria también en la doctrina y jurisprudencia españolas. A pesar de ello, la regulación del saneamiento en la donación es harto distinta de la del contrato de compraventa. El art. 638 del Código civil advierte de que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuera onerosa. Por consiguiente, el donante no responde de los vicios ocultos ni, en terminología más moderna, de la falta de conformidad de los bienes donados, si bien el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que pudieran corresponder al donante. Por consiguiente, es el donatario quien debe defenderse ante la evicción, sin que pueda llamar a la causa al donatario –salvo el caso del dolo del donante–, aunque el donatario está legitimado para solicitar al donante que le facilite los documentos y demás medios probatorios en los que sustentar

---

del servicio. Indica, igualmente, que no se ha producido el resultado (separable de la conducta del deudor), buscado por el acreedor: el resultado de la obtención (inmaterial) de una prestación correcta del servicio. ¿Por qué no hemos de llamar resultado a la prestación correcta del servicio?»

<sup>77</sup> Merece destacarse que López y López planteaba, al analizar el texto del anteproyecto, sus dudas por la radical distinción entre obligaciones de medios y de resultados, enfatizando que dicha distinción no resulta necesaria para definir las prestaciones de los profesionales en régimen de dependencia, que a su parecer constituyen el núcleo del arrendamiento de servicios actual, y porque las prestaciones de medios incluyen la obtención de determinados resultados, igual como alcanzar resultados presupone la diligencia en la actuación del prestador de servicios. Véase Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ, «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», en José González García (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Jaén, 1996, p. 35.

<sup>78</sup> Al respecto, Antoni VAQUER ALOY, «La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, 2010-III, pp. 1323 ss.

tales derechos y acciones<sup>79</sup>. La razón estriba en que en el Código civil, las normas sobre saneamiento son propias de los contratos onerosos y, por consiguiente, no tienen aplicación a los actos gratuitos como la donación<sup>80</sup>. Señalado esto, es evidente que, en virtud de la autonomía de la voluntad, el donante unilateralmente, o de acuerdo con el donatario, puede obligarse a sanear, sólo en caso de evicción o de vicios ocultos, o en ambos, aplicándose en tal caso las normas previstas para la compraventa. Así lo ha reconocido la STS 24 de septiembre de 1991<sup>81</sup>, utilizando como argumentos no sólo la autonomía de la voluntad, sino el hecho de que el art. 638 del Código civil «no impide que la obligación de saneamiento pueda acompañar a donación distinta a la onerosa». Ahora bien, en todo caso, si el donante conocía la existencia de los vicios deberá indemnizar al donatario por los daños y perjuicios causados (pero no por el valor de los bienes donados), como expresamente dispone ahora el art. 531-13.2 CCCat para el mismo supuesto y admite la doctrina española en relación con el Código civil español<sup>82</sup>. Por lo que se refiere al fundamento de esta responsabilidad, dos son las opciones posibles: que se trate de un supuesto de saneamiento sin otra particularidad, o que se configure como un caso de responsabilidad extracontractual. No se trata de una mera disquisición dogmática, sino que tiene importantes repercusiones prácticas, de manera destacada en materia de prescripción de la acción. A favor de otorgarle el trato del saneamiento por vicios ocultos se presenta el argumento literal, pues el art. 638 CC habla expresamente de «sanear»<sup>83</sup>, y se mencionan los supuestos de evicción y de vicios ocultos. Sin embargo, las normas de saneamiento, como hemos advertido antes, son propias de los contratos onerosos, y la donación pura no tiene como causa la onerosidad (la donación modal tiene su propio régimen de responsabilidad por vicios del que no vamos a

<sup>79</sup> Manuel ALBALADEJO, Silvia DÍAZ ALABART, *La donación*, Madrid, 2006 p. 252; LACRUZ/RIVERO, *Elementos*, II-2, p. 97; Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, 2007, p. 208; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, II, p. 313.

<sup>80</sup> María Rosa LLÁCER MATA CÁS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pp. 89 ss; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, IV, p. 226. Lo mismo vale para el Código civil de Cataluña, cuyo art. 513-13.1 establece que los donantes no responden de los vicios ocultos de los bienes donados; véase Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 3ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 84-85.

<sup>81</sup> RJ 6061. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, pp. 343-345; José Manuel LETE DEL RÍO, Javier LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, II, Cizur Menor, 2006, p. 299.

<sup>82</sup> ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, pp. 340 ss; LACRUZ/RIVERO, *Elementos* III-2º, p. 97; ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, p. 208; José Luis DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 273. Véase, además, el art. 1340 CC sobre responsabilidad por evicción o vicios ocultos en la donación por razón de matrimonio en caso de mala fe (al respecto, Ana S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, Granada, 2006, pp. 222 ss).

<sup>83</sup> Lo mismo el apartado 3 de este art. 531-13 CCCat.

ocuparnos aquí). Tratándose de saneamiento por vicios ocultos, el remedio típico, la acción *quantum minoris* (art. 1486 CC), se presenta absolutamente inapropiada para un acto a título gratuito. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón<sup>84</sup> se refieren a la *responsabilidad precontractual* del donante. Aunque en la donación transmisiva la referencia a la responsabilidad *precontractual* parece poco adecuada, lo cierto es que nos sitúa en la senda del derecho de daños, que creemos que es la acertada. Entendemos, en este sentido, que la redacción del apartado 2 del art. 531-13 del Código Civil de Cataluña es reveladora, puesto que simplemente establece que el donante deberá indemnizar al donatario de buena fe por los perjuicios que éste ha sufrido<sup>85</sup>. En definitiva, la obligación de indemnizar se reduce en los derechos civiles españoles a los daños efectivamente sufridos como consecuencia de la donación, sin que alcance al lucro cesante<sup>86</sup>.

El planteamiento de partida del DCFR es distinto. Existe una norma específica sobre conformidad en la donación. Se trata del art. IV.H.-3:102, que dispone lo siguiente:

«(1) The goods do not conform with the contract if they do not possess the qualities which the donee could reasonably expect unless the donee knew of the lack of quality or could reasonably be expected to have known of it when the contract was concluded.

(2) In determining what qualities the donee could reasonably expect, regard is to be had, among other things, to:

- (a) the gratuitous nature of the contract;
- (b) the purpose of the contract of donation known by, or obvious to, the donee;
- (c) whether the transfer or delivery of the goods was immediate;
- (d) the value of the goods; and
- (e) whether the donor was a business.

(3) The goods do not conform to the contract if they are not of a quantity, quality or description provided for by the terms of the contract.»

<sup>84</sup> Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, p. 313. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, pp. 342-343, admite, por su parte, que esta responsabilidad puede tener distintas fuentes, que habrá que determinar en cada caso, lo cual condicionará el régimen jurídico de esa responsabilidad en el supuesto concreto. Véase, además, De los Mozos, *La donación*, pp. 273-274.

<sup>85</sup> Véase ANTONI VAQUER ALOY, comentario al art. 531-13 del Código Civil de Cataluña, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales*, III, Barcelona, 2008, pp. 309-310.

<sup>86</sup> El art. 531-12.2 CCCat señala expresamente que el donante que entrega bienes defectuosos a sabiendas debe indemnizar «los perjuicios sufridos», por consiguiente, sólo el daño emergente, sin que se amplíe al posible lucro cesante. La misma solución en la doctrina española: LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, p. 299.

Sobre la base de que la donación es un contrato y que, por consiguiente, vincula a las partes como cualquier otro contrato, entre sus efectos jurídicos se incluye la obligación de entregar bienes conformes<sup>87</sup>. Hay que partir, pues, de que el donante responde de la conformidad de los bienes donados. Sin embargo, una primera lectura de este precepto y su comparación con los arts. IV.A.-2:301 y 302 sobre la conformidad en la compraventa, por su distinta redacción, permite sospechar que el régimen de la conformidad no es el mismo, sino que se ha dulcificado. Así, se indica en los comentarios que hay una separación consciente del régimen de la conformidad en la venta y que, «in particular, no general rule for fitness for purpose was formulated, because a donee may not usually expect the fitness of goods donated for purposes he or she made known unilaterally»<sup>88</sup>. El concepto clave es el de las cualidades que razonablemente podía esperar el donatario; si esas cualidades no las reúne el objeto donado, el donante será responsable por falta de conformidad, pero teniendo en cuenta que dichas cualidades están condicionadas por la gratuidad de la donación, es decir, que las expectativas del donatario en cuanto al bien donado son menores que las del comprador sobre el bien comprado.

Esta solución que presenta el DCFR debe contemplarse desde dos perspectivas. La primera es que recurre a un concepto indeterminado con tinte subjetivo, lo que supone que deban aplicarse las normas que contiene el propio DCFR sobre interpretación e integración del contrato. La segunda es que el mismo precepto ofrece una lista de aspectos a considerar en el momento de valorar cuáles eran las expectativas razonables sobre las cualidades de los bienes. Y esta enumeración permite colmar algunas lagunas que resultarían de la comparación entre la regulación de la conformidad en la donación y en la compraventa.

Así, en primer lugar hay que tener en cuenta el carácter gratuito de la donación. Esta es, y no el que no se diga expresamente que los bienes deben ser «fit for purpose» como en la compraventa, la verdadera razón de la modulación de la responsabilidad del donante por falta de conformidad de los bienes. No es razonable que quien transmite gratuitamente responda igual que quien obtiene

<sup>87</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.H.-3:101, p. 2835. De este modo, la conformidad deja de ir ligada a la onerosidad. Sobre esto, aunque escribiendo antes de la publicación del DCFR, María Rosa LLÁCER MATA CÁS, «La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento “no conforme”: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», en E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pp. 471 ss.

<sup>88</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.H.-3:102, p. 2839. Véase también Martin SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers of contract law: Donation in European Private Law», en VAQUER, *European private law beyond*. p. 89.

una contraprestación, puesto que las expectativas que ello crea en el donatario son, en principio, menores.

El segundo criterio es el del propósito perseguido con la donación. La diferencia con la compraventa es sustancial: el bien no debe ser idóneo para el propósito, sino que este propósito únicamente debe tenerse en consideración; ese propósito debe ser conocido o notorio<sup>89</sup>; y no se trata del propósito que perseguía el donatario, es decir, que este criterio no actúa siempre en beneficio del donatario<sup>90</sup>.

El tercer criterio es el del tipo de donación, esto es, si se trata de una donación obligacional o de una donación manual, pues aunque la donación tal como la regula el DCFR tiene un carácter estrictamente contractual, eso no significa que no se admita otros tipos de donación, entre los que destaca la donación manual, cuya existencia se reconoce expresamente. En este segundo supuesto, la cosa se entrega inmediatamente, por lo que el donatario la tiene en su poder y puede hacerse inmediatamente una idea cabal del bien donado y, si así lo prefiere, no aceptar la donación, lo que justifica un régimen más benévolo de conformidad.

En cuarto lugar, hay que tomar en consideración el valor de los bienes, porque las expectativas de quien recibe un bien cuyo valor de mercado es elevado, o si es nuevo y no de segunda mano, son mayores que si se trata de bienes de precio bajo o ya usados.

Finalmente, un último criterio es el carácter con que actúa el donante: si es un empresario [art. IV.H.-2:102(b)], la exigencia es mayor, lo que se justifica porque se trata de una persona experta y porque habitualmente esa donación perseguirá fines promocionales. Este criterio permite considerar aplicables algunos de los elementos de la conformidad en la compraventa. Por ejemplo, los apartados (d) y (e) del art. IV.A.2:302 exigen para la conformidad de los bienes que estén empaquetados de la manera usual o de la manera necesaria para la adecuada preservación de los bienes y que estos vayan acompañados de sus accesorios e instrucciones de instalación y uso, exigencia que no está prevista en general en sede de donación, pero que hay que entender incluida en el caso del donante empresario.

En uso de la autonomía contractual, las partes son libres de aumentar los estándares de conformidad. De ahí que el apartado (3) del art. IV.H.-3:102 prevea que no habrá conformidad si los bienes no se adecuan a la cantidad, calidad y descripción contenidas en el contrato. Ese pacto debe quedar claro en la donación, de otro modo el estándar de conformidad deberá resolverse de acuer-

<sup>89</sup> Recuérdese que, para el caso de la compraventa, el art. IV.A.-2:302(f) dispone que los bienes deben poseer las cualidades que el comprador razonablemente podía esperar.

<sup>90</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al art. IV.H.-3:102, p. 2840.

do con los criterios de los apartados (1) y (2). Con lo que, entonces, regresamos a los criterios objetivos vistos en la compraventa, el arrendamiento y los servicios.

El donante sólo dejará de ser responsable por falta de conformidad cuando el donatario conociera o debiera haber conocido el defecto de calidad al tiempo de la perfección de la donación. Esta es una excepción que puede oponer el donante, pero obviamente la carga de la prueba del conocimiento por el donatario del defecto pesa sobre él.

Además, el DCFR incluye una norma sobre derechos de terceros sobre la cosa donada. Se trata del art. IV. H.-3:103, cuyo contenido es el siguiente: «The goods do not conform with the contract if they are not free from any right or reasonably well founded claim of a third party unless the donee knew or could reasonably expected to have known of the third party's right or claim». Se trata de una concreción de la falta de conformidad para recalcar que comprende, también, la conformidad jurídica: los bienes donados no son conformes si no están libres de derechos o pretensiones de terceros. La expresión es lo suficientemente amplia para englobar no sólo el tercero que se pretende propietario del bien donado, sino cualquier otra persona que alega ser titular de un derecho real o de crédito sobre el bien. En la línea de los conceptos abiertos de difícil concreción, no cualquier pretensión determina la falta de conformidad, sino únicamente aquella que esté «razonablemente bien fundada», es decir, que tenga visos objetivos de prosperabilidad<sup>91</sup>. El tiempo al que hay que referir la falta de conformidad es el de la entrega de la cosa donada, pues cabe (cf. art. IV.H.-1:102) que el donante se obligue a donar una cosa que aún no es de su propiedad. No habrá responsabilidad del donante si el donatario sabía o podía esperarse razonablemente que conociera la situación de los bienes. Con ello, se diseña un marco de la responsabilidad por evicción más que semejante al de la compraventa, si bien por la vía de los criterios de conformidad y de los remedios de que dispone el donatario se configura al fin y al cabo un régimen mucho más benigno para el donante acorde con la gratuidad de la donación.

En conclusión, el Código civil español afronta de manera muy distinta la responsabilidad del donante por vicios ocultos de los bienes donados, con lo que la diferencia con la propuesta del DCFR es sustancial. En este, la falta de conformidad es contenido de la regulación del contrato de donación, mientras que como norma en el

---

<sup>91</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. IV.H.-3:103, p. 2842. Pero luego en el comentario B, p. 2843, se advierte que, pese a que la pretensión carezca de fundamento, si el donante la conocía y no reveló tal circunstancia al donatario, puede ser constitutiva de una actuación contraria a la buena fe y a la honradez de los tratos (art. I.-103), con lo que podría ser fundamento de responsabilidad.

Código civil español el donante no responde del saneamiento. Sólo se acorta la distancia que separa el DCFR y el derecho español mediante el juego de la libertad de pactos para hacer más estricto el régimen de responsabilidad del donante por las cualidades de los bienes donados. Otra cosa es el resultado final a nivel de responsabilidad del donatario, puesto que se limita el derecho a exigir el cumplimiento forzoso de manera notable, excluyendo la reparación y la sustitución del bien donado (art. IV.H.-3:202)<sup>92</sup> y la indemnización de los daños y perjuicios (arts. IV.H.-3:204 y 3:205)<sup>93</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones preparado por la CGC da un paso en la dirección correcta de generalizar, primero, el concepto de incumplimiento y, segundo, como consecuencia ineludible una vez este ha sido definido como cualquier supuesto de realización inexacta de la prestación, la

<sup>92</sup> «IV. H. – 3:202: Restricted right to enforce performance

(1) If the goods do not conform with the contract, the donee may not require replacement or repair under III. – 3:302 (Enforcement of nonmonetary obligations).

(2) The donee may not enforce performance under III. – 3:302 (Enforcement of non-monetary obligations) in the case of goods which are to be acquired by the donor».

<sup>93</sup> «IV. H. – 3:204: Exclusion of the right to damages in case of impediment

(1) A donee's right to damages is excluded if the donor's non-performance is due to an impediment and if the donor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) III. – 3:104 (Excuse due to an impediment) paragraphs (3) and (5) apply correspondingly.

(3) In determining what impediment or consequences the donor could reasonably be expected to have avoided or overcome regard is to be had to the gratuitous nature of the contract.

(4) This Article does not affect liability under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).

IV. H. – 3:205: Measure of damages

(1) Damages cover loss suffered by the donee acting in the reasonable belief that the donor would fulfil the obligations.

(2) A supplementary sum of damages may be awarded by the court if it is seen as just and reasonable in the circumstances.

(3) In determining what is just and reasonable under paragraph (2), regard is to be had, among other things and apart from the gratuitous nature of the contract:

(a) the declarations and acts of the parties;  
 (b) the donor's purpose in making the donation; and  
 (c) the reasonable expectations of the donee.

(4) The total amount of damages under this Article may not exceed such a sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the donor's obligations under the contract had been duly performed.

(5) This Article does not affect liability under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).»

noción de conformidad como elemento determinante de la existencia de cumplimiento. El paso es, sin embargo, insuficiente. Ello no se debe a que el concepto de incumplimiento que se introduce en el art. 1188 olvida la conformidad, aparte de ofrecer una redacción no suficientemente completa. El problema radica en que la conformidad se regula con detalle únicamente dentro del contrato de compraventa, y se pretende, sin más matices, su sustitución por el concepto de saneamiento allá donde este está actualmente presente (donación, partición de la herencia, arrendamiento), lo que, si bien pone de manifiesto el referido afán generalizador, provoca algunos desajustes. Por otra parte, con este sistema de sustitución de términos se evita tratar la conformidad en el contrato de servicios –*recitius*: no sustituye la regulación de los vicios constructivos por la noción de conformidad–, lo que supone un paso atrás. Ciertamente, la opción por la conformidad en los contratos de servicios plantea mayores complejidades, puesto que la conformidad encuentra su acomodo más perfecto cuando el obligado debe alcanzar un determinado resultado; por ello, se agradecería una regulación de nueva factura del contrato de servicios en que se apostara por entender que toda actividad supone un resultado, lo que permitiría introducir la conformidad como criterio determinante del cumplimiento también en esta modalidad contractual. Y es que el nudo gordiano se encuentra en la parcialidad de la modernización propuesta por la CGC, que no afecta todo el derecho de obligaciones y contratos sino solo una parte de él, por más que afecte a su núcleo duro. Sólo cabe esperar que, sin prisas pero sin pausas, la CGC culmine su labor modernizadora extendiéndola a todo el derecho de obligaciones y contratos procurando la unidad de régimen jurídico del cumplimiento y del incumplimiento, con las adaptaciones que resulten necesarias a cada contrato –según si es oneroso o gratuito, instantáneo o de tracto sucesivo–, y procurando la homogeneización con el TR LGDCU, en este camino orientado necesariamente a convertir la conformidad en un concepto general del derecho contractual.



# Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción \*

(Aproximación desde el Derecho de sucesiones catalán)

**SUSANA NAVAS NAVARRO**  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

## RESUMEN

*Dado que el legislador catalán ha apostado, en la modificación que ha llevado a cabo del Derecho de sucesiones, por los pactos sucesorios como instrumento de planificación sucesoria para la empresa familiar, en el presente trabajo se comparan éstos con el testamento, como otro posible negocio jurídico con el que organizar el relevo generacional en la referida empresa, haciéndose desde la perspectiva de los costes que para la misma y para el causante puede conllevar el decantarse por uno u otro modelo jurídico-sucesorio mortis causa. Las conclusiones a las que se llega no resultan especialmente en sintonía con la voluntad del legislador autonómico. A su vez, se aprovecha la tesitura para hacer una breve referencia a los pactos sucesorios de atribución particular, los cuales parecen equipararse a los legados otorgados en testamento.*

## PALABRAS CLAVE

*Testamento, pacto sucesorio, costes de transacción, empresa familiar, causante, heredero.*

---

\* Este estudio, que se enmarca en el proyecto de investigación «Grup de dret civil català» (2009 SGR 221), constituyó la ponencia presentada en la Jornada «L'autonomia de la voluntat i el Dret de successions», celebrada en Barcelona el día 30 de abril de 2010, y dirigida por la Dra. Esther Arroyo i Amayuelas. Agradezco las observaciones que realizaron los Profs. Santiago Espiau Espiau, catedrático de derecho civil (UB), y Antoni Vaquer Aloy, catedrático de derecho civil (UdL), al hilo de la lectura del presente trabajo. Los errores que pudiera haber son sólo imputables a su autora.

## ABSTRACT

*One of the more noteworthy amendments implemented by the Catalan legislator is that concerning succession agreements. Said amendment sought, as one of its objectives, to ensure that these agreements recover their value as a legal instrument used in estate planning, particularly in cases where a generational change takes place within a family business. In this work, we compare from an economic perspective the succession agreements with the will, which is another legal tool for planning the succession within a family business: which costs the business and the deceased sought assume in each model of mortis causa succession. The conclusions of this study do not syntonize with the Catalan legislator point of view. On the other hand, a brief reference is made to the agreements of particular succession, which represent the equivalent of bequests in the testamentary succession.*

## KEYWORDS

*Will, inheritance agreements, transaction costs, family business, deceased, heir.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *La elección por el legislador: el pacto sucesorio en el que se instituye heredero (heretament) es preferente y, en algún caso, incompatible con el testamento.*—III. *La elección por el causante: la sucesión en la empresa familiar:* 1. Datos previos; 2. El patrimonio familiar ¿de la «casa» a la «empresa»?; 3. Los costes económicos de la celebración de pactos sucesorios; 3.1 Los costes de transacción y la elección del sucesor; 3.2 Los costes económicos derivados de la modificación por el causante de su voluntad; 4. Posibles negocios jurídicos «eficientes» para la sucesión en la empresa familiar; IV. *Los pactos sucesorios de atribución particular, ¿necesidad de su existencia?*—V. *Conclusiones finales.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las modificaciones más llamativa que ha realizado el legislador catalán, como es conocido, es la que tiene que ver con los pactos sucesorios (Preámbulo IV de la *Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones*<sup>1</sup>) y la misma ha perseguido, como una de sus finalidades, que estos recuperen su valor como instrumento jurídico para la

<sup>1</sup> «El règim dels pactes successoris és, sens dubte, la innovació de més volada que presenta el llibre quart respecte a l'anterior Codi de successions» (Preámbulo IV, DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008, en adelante, será abreviada como Libro IV CCC).

planificación sucesoria, máxime cuando se trata de llevar a cabo el cambio generacional en la denominada empresa familiar<sup>2</sup>. En esta dirección, es afirmado por el propio legislador, el cual pone de manifiesto la obsolescencia de los capítulos matrimoniales: «*aquests pactes, com és sabut, eren el vehicle de transmissió intergeneracional dels patrimonis familiars, de base típicament agrària, per mitjà de la institució d'hereu únic convinguda en capítols matrimoniales. Malgrat la importància històrica dels heretaments, llur regulació, ancorada en una realitat socioeconòmica i una concepció de les relacions familiars pròpies d'una altra època, resultava més útil per a interpretar capítols matrimoniales antics que com a instrument de planificació successòria*» (Preámbulo IV). Por ello, el legislador, ha optado por desligar los pactos sucesorios del matrimonio, de la necesidad *ad solemnitatem* de otorgarlos en capítulos matrimoniales (art. 431-7 CCC) y amplía el ámbito de aplicación subjetivo, de suerte que puedan celebrarse pactos sucesorios no sólo entre los cónyuges o futuros cónyuges o sus ascendientes o descendientes, sino también entre miembros de uniones estables de pareja, entre parientes colaterales por consanguinidad y por afinidad (art. 431-2 CCC)<sup>3</sup>. De esta forma, se facilita que, mediante estos pactos, se organice la transmisión de la empresa

<sup>2</sup> Conocido es que no existe un concepto normativo de empresa familiar (ni siquiera los autores se ponen de acuerdo acerca de la definición de «empresa», *vid.* al respecto, PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> Luisa, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 27 ss.) y, además, dado lo heterogéneo del fenómeno es difícil ofrecer un concepto de la misma. De ello da cuenta el *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*, que fue constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, de 12 de noviembre de 2001 (BOCG-Senado, VII Legislatura, serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, p. 25). En un intento de concreción, CERDÁ ALBERO, Fernando advierte que la empresa familiar es aquella que está bajo el control de una familia, lo que supone la posesión de la mayoría de los derechos de voto, la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y la posibilidad de disponer, en virtud de acuerdos, de la mayoría de los derechos de voto («La empresa familiar: una noción relativa» en AA. VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 91-92). Desde la perspectiva de la gestión de la empresa familiar, se considera que tres son los aspectos que determinan que una empresa pueda ser calificada como «empresa familiar»: la propiedad o el control de la empresa, el poder que la familia ejerce sobre la empresa, normalmente por el trabajo desempeñado en la empresa por algunos de los miembros de la familia y la intención de transferir la empresa a generaciones venideras y su plasmación en la incorporación de miembros de esta nueva generación en la propia empresa (CASILLAS, José CARLOS/DÍAZ, Carmen/VÁZQUEZ, Adolfo, *La gestión de la empresa familiar*, Thomson, Madrid, 2005, pp. 6-7; STEIER, Lloyd P./CHRISMAN, James J./CHUA, Jess H., «Entrepreneurial Management and Governance in Family Firms: An Introduction», *ET&Practice*, verano 2004, pp. 295-303, p. 296).

<sup>3</sup> Acerca de otras modificaciones que el legislador catalán ha introducido en materia de pactos sucesorios, *vid.* BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric, «Els pactes successoris en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», *RJC* 4/2009, pp. 953-982; EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, «El nou règim jurídic de la successió contractual», *RJC* 1/2009, pp. 9-58; PRATDESABA I RICART, Ramon, «La successió contractual en el nou Llibre IV del Codi civil de Catalunya» en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, pp. 151-181.

familiar<sup>4</sup>. Ésta será una de las cuestiones que trataremos, en este trabajo, abordándola desde una perspectiva económica (III).

Otra de las novedades que ha introducido el legislador en relación con los pactos sucesorios es la posibilidad de otorgar, en ellos, atribuciones particulares. A la regulación de los mismos dedica los arts. 431-29 y 431-30 CCC. Ésta será otra de las cuestiones que nos interesarán en este estudio, si bien no respecto de su análisis pormenorizado que la autora de estas líneas ya ha llevado a cabo<sup>5</sup>, sino en lo relativo a la necesidad de esta nueva figura jurídica (IV).

No obstante, antes de adentrarnos en estos dos extremos, centrales en nuestro análisis, conviene referirse a la alternativa que aparece en el título de este trabajo —«*Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios*»— ya que la misma evoca una doble perspectiva. En efecto, la primera perspectiva, es la del legislador. Éste, a la hora de regular la transmisión *mortis causa* del patrimonio de la persona física puede optar, sobre la base de que el art. 33.1 CE protege la propiedad privada y el derecho a la herencia como corolario de la primera<sup>6</sup>, como ha hecho el legislador catalán, por ofrecer al causante tres opciones: que disponga lo que tenga por conveniente, de forma unilateral, mediante testamento nombrando, en él, uno o varios herederos (sucesión testada, arts. 421-1 a 429-15 CCC), que pacte con otra (u otras) persona(s) quién (o quiénes) será(n) el heredero o

<sup>4</sup> Ya en el IX Congreso notarial español, que tuvo lugar en Barcelona, los días 12 a 14 de mayo de 2005, se propuso ampliar la libertad de organizar la sucesión por causa de muerte a los contratos sucesorios, los testamentos mancomunados y a los *trusts* como instrumentos jurídicos para planificar la sucesión en la empresa familiar [vid. la referencia en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «New Developments in the Spanish Law of Succession», *Indret* 4/2007. También alude a esta cuestión, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Algunos instrumentos jurídicos —contractuales— para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. Su endeblez jurídica» en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier/GARCÍA PÉREZ, Rosa (coords.), *Protección del patrimonio familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 216-256]. Otra cuestión es que la regulación jurídica de todos estos negocios jurídicos sea igualmente «eficiente», extremo éste al que nos referiremos más adelante.

<sup>5</sup> NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya», *Indret*, 1/2009.

<sup>6</sup> Conocido es que una de las discusiones que, desde el análisis económico del derecho, se hace, en relación con la herencia, es la que guarda relación con la distinción entre «*free inheritance*» y «*collective inheritance*» como decisión de política legislativa a la hora de adoptar un modelo económico-social [al respecto, vid. WAGNER, Richard E., «Inheritance» en BACKHAUS, Jürgen G. (ed.), *The Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham, UK, 1999, pp. 77-84] y si el primer modelo genera una mayor desigualdad en el reparto de la riqueza o no (JAGADEESH, Gokhale/KOTLIKOFF, Lawrence J./SEFTON, James/WEALE, Martin, «Simulating the Transmission of Wealth Inequality via Bequests» en KOTLIKOFF, Lawrence J., *Essays on Saving, Bequests, Altruism and Life-cycle Planning*, Massachusetts, 2001, pp. 133 ss. En relación con la transmisión de la riqueza a través de la sucesión *mortis causa* y la posible desigualdad que se pueda generar, vid. las atinadas reflexiones de BECKERT, Jens, *Inherited Wealth*, vertido al inglés por DUNLAP, Thom, Princeton University Press, 2008, pp. 167 ss.). Nosotros no vamos a hacer cuestión de ello aquí, puesto que, por un lado, traspasa los límites de este estudio y, por otro, porque el legislador tanto nacional como autonómico ya optó, en su momento, por un modelo sucesorio concreto.

los herederos (pacto sucesorio o sucesión contractual<sup>7</sup>, arts. 431-1 a 431-30 CCC) o que no establezca ningún tipo de disposición, en cuyo caso, la determina el propio legislador señalándole unos herederos (sucesión intestada, arts. 441-1 a 444-1 CCC). Centrándonos en la elección entre testamento o pacto sucesorio, que puede hacer el causante, el legislador debe precisar las relaciones entre ambas fuentes del título de heredero (art. 411-3 CCC, el cual alude incorrectamente a los «*fundamentos de la vocación*»), dando, en su caso, preferencia a una respecto de la otra, o también, en su caso, haciéndolas total o parcialmente incompatibles (art. 411-3 CCC), cuestión ésta que trataremos en el próximo epígrafe (II).

La segunda perspectiva, quizá, la más interesante, es la perspectiva del *causante*, la del sujeto de cuya sucesión se trata, el cual, en el derecho catalán, se encuentra ante las tres opciones antes vistas que le ofrece el legislador: primero, no hacer nada en relación con la transmisión de su patrimonio para después de su muerte<sup>8</sup>; segundo;

<sup>7</sup> El Preámbulo IV de la Ley 10/2008 alude indistintamente tanto a *pactos sucesorios* como a *sucesión contractual*. El Título III lleva por nombre «*La successió contractual i les donacions per causa de mort*». Seguidamente, el capítulo I aparece rubricado con «*Els pactes successoris*» y el art. 431-1 CCC, en sede de disposiciones generales, alude a «*pacte successoris*». El plural y el singular se van, posteriormente, alternando en la regulación de los pactos sucesorios (arts. 431-1 a 431-30 CCC), en función de que se haga una referencia *in genere* al pacto sucesorio en cuanto negocio jurídico (v. gr. cuando se refiere al concepto del mismo, aunque en realidad no se da ningún concepto, sino que se alude al contenido, art. 431-1.1 CCC, o cuando se indica su objeto, art. 431-5 CCC) o se menciona la diversificación del pacto sucesorio *in genere* en distintos pactos sucesorios, en cuyo caso, se empleará la expresión en plural (art. 431-1.2 CCC o art. 431-9.3 CCC). También se emplea la expresión «pacto sucesorio» para referirse a cada una de las disposiciones («pactos») que se contienen (v. gr. art. 431-8 CCC) y, finalmente, en cuanto documento (escritura pública) en el que se contienen dichas disposiciones (v. gr. art. 431-1.2 CCC. En este sentido, *vid.* EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim jurídic», p. 24). La expresión «*sucesión contractual*», aparte de su aparición fugaz en el encabezado del título III, no vuelve a hacer acto de presencia a lo largo del articulado. A nuestro modo de ver, el legislador catalán debería haber evitado emplear la referida expresión, por cuanto no todos los supuestos que se regulan, en el título III, lo son de sucesión contractual (*vid.* similares reflexiones en torno a esta expresión pero referida a los *heretaments* por MARSAL GUILLAMET, Joan en BADOSA COLL, Ferran, *Manual de dret civil català*, Barcelona/Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 730). En efecto, puede ser que el favorecido con la atribución no sea parte otorgante del pacto sucesorio (art. 431-1.2 o art. 431-29.1 CCC). De hecho, en el Código de Sucesiones (en adelante, CS) se evitó emplear la voz «*sucesión contractual*» (arts. 67 ss. CS). Por todo lo advertido, las expresiones «*pacto sucesorio*» o «*pactos sucesorios*» nos parecen más acertadas.

<sup>8</sup> Si el causante se decide por no hacer nada, de suerte que es la ley la que señala el sucesor, tendrá que asumir, lo que, desde el análisis económico del derecho, se denomina, *coste de oportunidad* [SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus definen los «costes de oportunidad» de la siguiente manera: «*Los costes de un bien económico equivalen al lucro cesante que este mismo bien habría podido generar si alternativamente se le hubiese utilizado de la mejor manera posible*» (*Manual de análisis económico del derecho civil*, vertido al castellano por VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Macarena, Tecnos, Madrid, 1991, p. 75)]: el coste que representa hipotéticamente el renunciar a la oportunidad de disponer él de sus bienes y atribuirlos a personas concretas; es, en definitiva, el coste de su pasividad. Este coste puede ser mayor o menor en función del mayor o menor grado de voluntad que el causante manifieste, por ejemplo, en el derecho catalán, mediante un codicilo *abintestato* (art. 421-20.1 CCC) o su voluntad expresada mediante testamento o pacto sucesorio coin-

hacer algo, esto es, disponer, y si decide disponer de sus bienes puede nombrar a uno o a varios sucesores a título universal y, para ello, goza de una opción: testamento o pacto sucesorio (art. 411-3.1 CCC). La opción por la que, a este respecto, se decante el causante, además de obedecer a motivaciones personales, internas y psicológicas, e incluso estratégicas<sup>9</sup>, tiene también una explicación económica y ésta, a nuestro entender, es especialmente significativa cuando nos referimos a la sucesión en una empresa familiar.

## II. LA ELECCIÓN POR EL LEGISLADOR: EL PACTO SUCESORIO EN EL QUE SE INSTITUYE HEREDERO (*HERETAMENT*) ES PREFERENTE Y, EN ALGÚN CASO, INCOMPATIBLE CON EL TESTAMENTO

El legislador ha establecido en el art. 411-3.3 CCC («*La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament*») la preferencia del pacto sucesorio en el que se instituye heredero, respecto de la sucesión testada, cuyo precedente es

---

cida con la sucesión intestada establecida por el legislador. Éste puede mediante una modificación legislativa reducir los costes de oportunidad como ha sucedido en Holanda, país en el que el legislador modificó las normas de la sucesión intestada en 2003 para adaptarlas a la presunta voluntad del causante, de suerte que no fuera necesario que éste otorgara testamento (REINHARTZ, B. E., «Recent Changes in the Law of Succession in The Netherlands: on the Road Towards a European Law of Succession», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1, <http://www.wjcl.org>). En efecto, en la práctica notarial holandesa se había constatado que se otorgaban testamentos para instituir al cónyuge como heredero; éste en la sucesión intestada heredaba después de los descendientes. Por eso, para que heredara en primer lugar, se otorgaba el testamento postponiendo a los hijos. El legislador ha atendido a esta manifiesta voluntad del ciudadano holandés y, consiguientemente, ha modificado las normas de la sucesión intestada, de manera que el primer heredero sea el cónyuge y no los descendientes. En este sentido, ya no es ni siquiera necesario otorgar testamento y, por tanto, no tienen que asumirse los costes económicos de dicho otorgamiento. Se trata, en definitiva, de una regulación jurídica eficiente que ahorra costes. De todos modos, un cierto coste de oportunidad siempre existirá porque siempre hipotéticamente se podrá plantear qué hubiera sucedido si se hubiera optado por designar directamente al sucesor (en relación con esta modificación legal, además del estudio anteriormente citado, *vid.* SONNEKUS, Jean C., «The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System», *ZEuP* 1/2005, pp. 76 ss.). En el caso de la sucesión en la empresa familiar, la no designación de un sucesor por el causante-fundador, y la dejación a la ley para que lo determine, mediante la sucesión intestada, puede conllevar que la referida empresa familiar acabe desapareciendo. En efecto, si el causante no manifiesta ninguna voluntad los posibles herederos deberán asumir, en su caso, el coste económico que representa la «fragmentación» del patrimonio hereditario (art. 1056,2 CCE), lo que según su composición puede resultar menos eficiente, que si se mantiene unido en manos de un heredero concreto. En efecto, deberán pechar con un nada desdeñable coste de oportunidad: el lucro cesante que se habría podido generar si se hubiera dispuesto de otro modo de los bienes para que produjeran una mejor y mayor utilidad.

<sup>9</sup> BERNHEIM, B. Douglas/SHLEIFER, A./SUMMERS, Lawrence H., «The Strategic Bequest Motive», *Journal of Political Economy*, 1985, vol. 93, n. 6, pp. 1045-1076; SHAVELL, Steven, «An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts», *Journal of Legal Studies*, vol. XX, junio, 1991, pp. 401-421.

el derogado art. 3.3 CS, el cual se expresaba con idéntico tenor literal. El precepto del CS provenía directamente del Anteproyecto de Código de Sucesiones de 1991<sup>10</sup>. Respecto de este último precepto —el art. 3.3 CS—, la mayor parte de la doctrina catalana ha venido sosteniendo que, el mismo postulaba la incompatibilidad entre la sucesión mediante pacto sucesorio (el *heretament*) y la sucesión testada, concretamente, entre el título de heredero cuya fuente era testamento y el título de heredero cuya fuente era el *heretament*<sup>11</sup>. Sin embargo, doctrina más reciente ha entendido que la norma del art. 3.3 CS, de hecho, lo que consagraba era la preferencia, que no la incompatibilidad, entre ambos títulos hereditarios. Esta preferencia era, a su vez, incompatibilidad material y jurídica cuando el causante disponía de todo su patrimonio mediante *heretament*. En cambio, en el tenor literal del CS, la compatibilidad material entre éste y el testamento, no se transformaba en incompatibilidad jurídica cuando, en el *heretament*, se disponía sólo de una cuota de la herencia<sup>12</sup>.

El Libro IV CCC ha optado por convertir la compatibilidad material en incompatibilidad jurídica. En efecto, el art. 431-23 CCC, al regular la eficacia revocatoria del *heretament*, establece, en su párrafo primero, que «*L'heretament vàlid revoca el testament, el codicil, la memòria testamentària i la donació per causa de mort anteriors al seu atorgament, encara que hi siguin compatibles*». Esta compatibilidad material a la que se refiere el precepto, en relación con la sucesión testamentaria, parte del supuesto en el que, en el testamento, el causante hubiera dispuesto de una cuota de la herencia pero no de toda ella y en el *heretament* posterior se dispusiera de la cuota de la que no dispuso en aquel testamento. Según el sentido literal del precepto, parece que siendo compatibles, dejan de serlo, de suerte que el *heretament* (parcial) revoca el testamento con la consecuencia de que seguirá existiendo una cuota de la herencia, aquella de la que se dispuso en testamento, que ahora se considerará como «no dispuesta». Así, por aplicación de

<sup>10</sup> Da noticia de ello, BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 115, nota núm. 219.

<sup>11</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan en BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de dret civil català*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 587; PUIG FERRIOL, LUIS en PUIG FERRIOL, Luis/ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Dret de successions*, vol. III, 7ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 47; PUIG SALELLAS, Josep Maria, «Comentario al art. 3 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 22.

<sup>12</sup> BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *El principio*, pp. 115-118. Esta interpretación parece ponerse en entredicho con la redacción del art. 431-23 CCC (DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2009, p. 51).

la regla de la incompatibilidad jurídica de lo que es compatible materialmente, una cuota de la herencia pasa de tener un destino prefijado por el causante o a no tenerlo. Consiguientemente, el causante debe disponer con posterioridad (y de nuevo) de esa cuota en codicilo, memoria testamentaria, otro pacto sucesorio o donación (arg. ex art. 431-22.1 CCC) para que esa cuota, ahora vacante, tenga el destino que considere oportuno y no se incorpore al *heretament* (art. 431-28.2 CCC). Esta interpretación a la que aboca el art. 431-23.1 CCC va en contra claramente de la voluntad del causante, sobre la base de la incompatibilidad jurídica entre títulos sucesorios. Interpretación que se deriva del hecho de que el legislador catalán ha introducido, en este precepto, un inciso final que no aparecía en el art. 70.1 CS del cual trae causa. En efecto, el art. 70.1 CS sólo establecía, en su primera parte, que: «*l'heretament vàlid revoca el testament, el codicil, la memòria testamentària, la donació per causa de mort anteriors al seu atorgament*». Este precepto podía interpretarse como que se estaba refiriendo a la regla general, esto es, al supuesto en que en el testamento se hubiera dispuesto de toda la herencia y también se hubiera hecho lo propio en el *heretament*, en cuyo caso, éste revocaba a aquel. En cambio, cuando se había dispuesto de solo una cuota de la herencia no existía inconveniente en entender que la compatibilidad material conllevaba la jurídica<sup>13</sup>.

El art. 431-23.1 CCC no concilia bien con el hecho de que en el mismo precepto, el párrafo segundo, al aludir al *heretament*, éste se refiere a *toda* la herencia, al afirmar que: «*les disposicions per causa de mort posteriors a l'heretament només són eficaces si l'heretament era preventiu...*». Como es conocido, el *heretament* preventivo ostenta la función de evitar que el causante fallezca intestado, de suerte que si dispone de sus bienes, para después de su muerte, mediante testamento, éste tendrá preferencia respecto de aquél. Es decir, el legislador catalán parte de la base de que el *heretament* preventivo es universal, o sea, comprende todos los bienes de la herencia y no sólo una cuota de la misma. Esta universalidad, a nuestro entender, es también la referida, en el apartado primero del precepto que estudiamos.

Además, la redacción del art. 431-23-1 CCC resulta incoherente con el hecho de que, en cambio, sí se pueda, en un testamen-

<sup>13</sup> BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *El principio*, pp. 117-118. La doctrina admitía que el heredante hiciera una disposición de forma expresa, en un *heretament* posterior, y que el testamento anterior subsistiera total o parcialmente. Incluso que dicha voluntad se deduzca tácitamente del propio *heretament* [LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentario al art. 70 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 346].

to posterior, elegir al heredero del heredante, como precisa el art. 431-20.2 CCC al remitirse a los arts. 424-1 a 424-2 CCC, en sede de elección de heredero por el cónyuge o conviviente estable, o el art. 431-24.2 CCC en relación con la elección de un heredero al heredero, nombrado en el *heretament*, pero premuerto intestado, de entre los diversos hijos y descendientes de éste.

Por ello, el art. 431-23.1 CCC podría interpretarse en el sentido de que el *heretament* otorgado posteriormente –y que es revocatorio del testamento otorgado con anterioridad– debe ser un *heretament* de toda la herencia; mientras que, en el testamento que se revoca, se había dispuesto de una cuota de la herencia y por eso, en principio, era compatible, si bien deja de serlo al otorgarse un *heretament* que comprende todos los bienes de la herencia. Si, en cambio, el *heretament* comprende sólo aquella cuota de la herencia de la que no se dispuso en testamento, pensamos que debería mantenerse la compatibilidad material y jurídica, puesto que ello coincide con la voluntad del causante respecto al destino *mortis causa* de sus bienes. Esta interpretación, además, se apoya en el argumento legal consistente en que, en el art. 431-23.1 CCC, el testamento aparece nombrado junto al codicilo, a la memoria testamentaria y a la donación *mortis causa*, en los cuales, sólo se puede disponer de bienes concretos o de una cuota de la herencia, pero no de toda ella (arts. 421-20, 421-21 y 432-2.1 CCC). Luego, el legislador está partiendo efectivamente del supuesto de hecho, al referirse a la compatibilidad (material), en el que en las disposiciones por causa de muerte otorgadas con anterioridad al *heretament* sólo se ha dispuesto de una cuota de la herencia y, por eso, son susceptibles de ser compatibles, y en el *heretament* posterior se dispone de toda la herencia necesariamente (*heretament* universal), tiene el efecto revocatorio previsto en la norma.

Ahora bien, si el causante otorga un *heretament* y se reserva una serie de bienes para disponer con posterioridad, la disposición que haga de éstos sólo podrá tener lugar mediante codicilo, memoria testamentaria, pacto sucesorio o donación *mortis causa*, pero no mediante testamento (art. 431-23.2 en relación con el art. 431-22.1 CCC). Si no dispone, la cuota vacante se incorpora al *heretament* (art. 431-28.2 CCC). Por tanto, parece que la compatibilidad material y jurídica entre heredero contractual y testamentario se reduce en el Libro IV, ya que sólo será válida si el testamento disponiendo de parte de los bienes se otorgó con anterioridad al *heretament* y no lo será, en cambio, si el testamento se otorga con posterioridad al *heretament*, lo que nos parece que limita innecesariamente los cauces jurídicos por los que se puede expresar la voluntad última del causante. El hecho de que el art. 431-22.1 CCC haya admitido que

el heredante puede reservarse una *parte alícuota* de la herencia para disponer libremente, cosa que no hacía el antiguo art. 82.1 CS, del cual trae causa el precepto, impide mantener la interpretación de que el precepto hace referencia a un *heretament* universal total (de toda la herencia) y lo único que pretende el heredante es sustraer al mismo un bien o bienes concretos y singulares<sup>14</sup>.

Por otra parte, llama la atención la evolución sufrida en relación con este importante aspecto, pues del art. 78 CDCC que permitía que se dispusiera de la parte reservada mediante testamento, en el Libro IV CCC, a la incompatibilidad jurídica, aunque existiera la compatibilidad material. En definitiva, una restricción que hoy sólo se justifica por el mantenimiento a ultranza de los principios sucesorios del derecho catalán<sup>15</sup>.

Sea lo que fuere, lo cierto es que exista o no incompatibilidad jurídica, en la práctica ello tiene poca –sino nula– aplicación dada la ausencia de celebración de pactos sucesorios y, concretamente, de *heretaments* y, en cambio, el aumento considerable de testamentos. Hay que tener en cuenta que, en el CS, los *heretaments* sólo podían pactarse en capítulos matrimoniales (art. 67.1 CS) y la celebración de éstos, como demuestran las estadísticas, también ha descendido considerablemente<sup>16</sup>. En efecto, según el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, para el año 2007, se otorgaron, en Cataluña, 110.575 testamentos frente a 3.024 negocios jurídicos por razón de matrimonio y actos relativos a uniones o separaciones de hecho. Además, se da otro dato que lleva por título «Herencias», en total, 64.480, si bien no se conoce cual fue el fundamento sucesorio del título de heredero<sup>17</sup>. En definitiva, si a esos 3.024 documentos públicos se detraen los que tie-

<sup>14</sup> Interpretación ésta que hacía BOSCH I CAPDEVILA, Esteve en relación con el CS (*El principio*, pp. 117-118). LÓPEZ BURNIOL, Juan José era a este respecto más taxativo: «...diga lo que diga el art. 82-1 CS, el heredante sigue pudiendo disponer por testamento de los bienes reservados» [«Comentario al art. 82 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 372].

<sup>15</sup> Críticos en relación con el mantenimiento de dichos principios en el Libro IV CCC, vid. SALVADOR CODERCH, Pablo/LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentari a l'art. 411-3 CCC» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 71.

<sup>16</sup> De ahí que se haya pretendido hacer renacer a los capítulos, entre otras finalidades, para pactar herederos que continúen la empresa familiar que iniciaron sus ascendientes [LÓPEZ BURNIOL, Juan José, *La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència)*, discurso de Ingreso como académico de número en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 30 de noviembre de 1999, Barcelona, 1999, pp. 46 ss.]. Recoge esta idea GORTÁZAR LORENTE, CARLOS, «Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo», *Nous reptes del Dret de família*, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, 2005, pp. 123 y ss.

<sup>17</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. IV, BOE, Madrid, 2008.

nen que ver con uniones estables de parejas, los que regulan separaciones de hecho, los que se limitan a pactar un régimen económico matrimonial o a disolver uno, además de aquellos en los que se establecen pactos en previsión de un futura ruptura, se constata que los *heretaments* desaparecen por desuso<sup>18</sup>. Dentro de la Unión Europea, en relación con el total de herencias deferidas, es España el país en el que se otorgan más testamentos (50%) frente a Italia (45%), Bélgica (10-15%), Francia (10%), Alemania (20%) e Inglaterra (33%)<sup>19</sup>.

Ello pondría de relieve, de entrada, la ausencia de interés (o, incluso, actualmente, el desconocimiento) por los pactos sucesorios a la hora de planificar, en vida, la transmisión sucesoria del patrimonio<sup>20</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva económica, ese comportamiento podría calificarse de perfectamente racional<sup>21</sup>.

### III. LA ELECCIÓN POR EL CAUSANTE: LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

#### 1. DATOS PREVIOS

Como hemos advertido al inicio de estas líneas, nos vamos a centrar especialmente en la sucesión de la empresa familiar por ser una de las razones que animaron al legislador catalán a dotar a los pactos sucesorios de una, en gran parte, nueva regulación. Los datos evidencian, en efecto, la existencia de un tejido industrial que está formado en esencia por empresas familiares que difícilmente llegan a la tercera generación. En España, según los datos aportados por el Instituto de la Empresa Familiar, se estima que existen unos tres millones de empresas familiares, lo que se corresponde con el 85% del total de empresas implantadas. Esto supone que dan empleo al 75% de los trabajadores (13.9 millones de trabajadores).

<sup>18</sup> LÓPEZ BURNIOL, Juan José ya apuntaba a estas conclusiones en el año 1990 [«Comentario al art. 67 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 330].

<sup>19</sup> Estos últimos datos son aportados por CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, «New Developments», *Indret* 4/2007.

<sup>20</sup> JOU MIRABENT, Lluís, «Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar» en GARRIDO MELERO, Martín/FUGARDO ESTIVILL, José Manuel, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 367 ss.; GIMÉNEZ BOU, EMILIO, «Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa» en GARRIDO MELERO, Martín/FUGARDO ESTIVILL, José Manuel, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 745-749.

<sup>21</sup> Vid. epígrafe III.3 de este trabajo.

Además, realizan, el 59% de las exportaciones españolas. El total de su facturación equivale al 70% del PIB español. El 50% de las empresas españolas que cotizan en Bolsa son empresas familiares, lo que es indicativo de que no sólo las pequeñas y medianas empresas son empresas familiares, sino que también existen grandes empresas que son familiares. En el caso de Cataluña, de las empresas medianas y grandes las dos terceras partes son empresas familiares, lo que representa el 65.6% del total de empresas existentes<sup>22</sup>. Si nos fijamos, ahora, en el cambio generacional, hay que advertir que sólo el 65% de las empresas pasan a la primera generación; el 26% llegan a la segunda; el 9% a la tercera y sólo un 1% llega a la cuarta generación o más allá<sup>23</sup>. A escala macroeconómica, en la Unión Europea, existen 17 millones de empresas familiares que emplean a 100 millones de personas, lo que representa el 60% del tejido empresarial de la misma. Dentro de las 100 primeras empresas europeas, el 25% son empresas familiares<sup>24</sup>. Otro dato interesante es el de Estados Unidos, en el cual el 80% del total de empresas existentes son empresas familiares, lo que supone dar empleo a más del 50% de la población<sup>25</sup>.

En la realidad social, se ha apreciado que los empresarios, sobre todo, los de la primera generación suelen ser reticentes a planificar con tiempo y ordenadamente su sucesión, por lo que raramente se da, en vida de éstos, la sucesión tanto en la organización empresarial como en la propiedad de la misma<sup>26</sup>. Por eso, nosotros nos

<sup>22</sup> GUINJOAN, Modest/MURILLO, Carlos/PONS, Jordi, *L'empresa familiar a Catalunya. Quantificació i característiques*, Cidem, Generalitat de Catalunya, 2004, pp. 21-22.

<sup>23</sup> Situación muy similar se ha producido en Alemania, *vid.* Bös, Dieter/KAYSER, Gunter, *Der Generationenwechsel in Mittelständischen Betrieben*, IfM-Materialien Nr. 120, Bonn, junio, 1996. Agradezco la amabilidad que ha tenido el *Institut für Mittelstandsforschung Bonn* de hacerme llegar dicho estudio.

<sup>24</sup> La constatación real de que las empresas familiares iban desapareciendo, sin transmitirse de generación en generación, fue lo que determinó la publicación de la *Recomendación de la comisión europea dirigida a los estados miembros de 7 de diciembre de 1994, relativa a la transmisión de pequeñas y medianas empresas*, (DOCE, n.º C 204, de 23 de julio de 1994), con posterioridad, a la reunión, en la ciudad francesa de Lille, donde se abordó la necesidad de buscar soluciones, entre otras, desde el derecho de sucesiones que propiciaran el cambio generacional en las empresas familiares, para lo cual, se planteaba la importancia de los pactos sucesorios (*The European Forum on the Transfer of Business on 3 and 4 February 1997 in Lille*). En parte, para paliar la situación descrita obedece la modificación del art. 1056,2 CCE mediante la *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa* (BOE, núm. 79, de 2 de abril de 2003). Una referencia general a esta Ley puede consultarse en REYES LÓPEZ, María José, «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar», *AC*, núm. 28, 2003, pp. 771 ss. Incide en los problemas de la transmisión de las empresas familiares, la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones* [COM(2006), 117 final, p. 20].

<sup>25</sup> <http://www.iefamiliar.com/empresafam/datos.asp>

<sup>26</sup> CASILLAS, José Carlos/DÍAZ, Carmen/VÁZQUEZ, Adolfo, *La gestión de la empresa familiar*, pp. 234 ss.; FUENTES RAMÍREZ, Javier, *De padres a hijos. El proceso de sucesión en la empresa familiar*, Pirámide, Madrid, 2007, pp. 93 y ss, 271 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, Ercilia/LÓPEZ SINTAS, Jordi, «El liderazgo como tema central del proceso de sucesión», en

centraremos en la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. Y, para ello, hay que partir de los datos que proporciona el Informe *Radiografía de la empresa familiar española. Fortalezas y riesgos*, dirigido por el Prof. Gimeno Sandig, en el que se concluyó que el 78% de las empresas familiares no han planificado su sucesión y que sólo el 51% de las generaciones posteriores conocen las líneas maestras de esa sucesión, lo que conlleva que la mitad de las sucesiones de las empresas familiares se planifican sin la debida participación de la generación que sucederá en la titularidad de la empresa familiar<sup>27</sup>. Y, cuando se planifica convenientemente la sucesión, el negocio jurídico utilizado, como demuestran las estadísticas arriba reseñadas, es el testamento y no el pacto sucesorio<sup>28</sup>. No suele ser infrecuente que, en determinadas empresas, mediante acuerdos parasociales, los socios familiares establezcan cláusulas con un evidente contenido sucesorio (v. gr. transmisión *mortis causa* de acciones a favor de una persona determinada)<sup>29</sup>. Un instrumento jurídico que sirve de soporte a dichos acuerdos es

AMAT, Joan M., *La sucesión en la empresa familiar*, Colección IEF, Barcelona, 2004, pp. 47-48.

<sup>27</sup> GIMENO SANDIG, Alberto, *Radiografía de la empresa familiar española. Fortalezas y riesgos* ([www.fbkonline.com/es/eventos/evento\\_01.html](http://www.fbkonline.com/es/eventos/evento_01.html)). Una planificación con tiempo de la sucesión en la empresa familiar es garantía de supervivencia de la misma a pesar del cambio generacional (SHERMA, Promodita/CHRISMAN, James J./CHUA, Jess H., «Succession Planning as Planned Behavior: Some Empirical Results», *Family Business Review*, vol. XVII, núm. 1, marzo 2003, pp. 1-16).

<sup>28</sup> Vid. el epígrafe II de este trabajo. En Alemania, donde el contrato sucesorio (*Erbvertrag*) tiene una larga tradición, se ha planteado incluso su supresión, dado el escaso número de contratos celebrados y el número comparativamente mayor de testamentos otorgados [MAYER, Jörg, Comentario al § 2265 BGB, núm. 38, pp. 26-30 en DITTMANN, Ottmar/REIMANN, Wolfgang/BENGEL, Manfred, (dirs.), *Testament & Erbvertrag*, 3.ª edic., Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 2000].

<sup>29</sup> Como se puso de relieve en el ya mencionado *European Forum on the Transfer of Business on 3 and 4 February 1997 in Lille* (en la doctrina, vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos», *Indret*, julio, 2007, p. 23). Este tipo de acuerdos parasociales son denominados, por la doctrina, como «acuerdos organizativos» (PAZ-ARES, Cándido, «El enforcement de los pactos parasociales» *Actualidad civil Uría & Menéndez*, núm. 5, mayo, 2003, pp. 2-3 <http://vlex.com/vid/256179>). El problema que plantea este tipo de acuerdos es el de su coercibilidad, esto es, si se puede solicitar su ejecución o no. Téngase presente que, en este caso, la conducta del deudor consistiría en un *volere*, esto es, la emisión de una declaración de voluntad, que no puede ser sustituida por medio de una sentencia (art. 708 LEC). RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel considera que este tipo de acuerdos –los que poseen un determinado contenido sucesorio– sólo tienen valor de mera «indicación» («El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares», *RDM* 2007, pp. 1148 ss.). Se trataría, analizado desde el Derecho de sucesiones, de una «simple recomendación» que, si consiste en «no disponer», no tiene eficacia jurídica (art. 428-6.6 CCC). Otro posible acuerdo es el de no revocar un testamento previamente otorgado. Sin embargo, el testamento es esencialmente revocable (art. 422-8.1 CCC, art. 737 CCE) y no puede convertirse en irrevocable por acuerdo de las partes, norma ésta que existe, como regla general, en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (vid. VAQUER I ALOY, Antoni, «The Law of Successions» en BUSSANI, Mauro/WERRO, Franz, *European Private Law: A Handbook*, Vol. I, Sellier, Munich, 2009, p. 559, nota núm. 16).

el «protocolo familiar»<sup>30</sup>, cuya publicidad aparece regulada, en nuestro ordenamiento jurídico por el *Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*<sup>31</sup>, en el cual se establecen pactos que, como acabamos de afirmar, pueden tener un determinado contenido sucesorio de cuya validez jurídica hay que dudar. En la actualidad, aproximadamente, el 25% de las empresas familiares dispone de un protocolo familiar<sup>32</sup>, si bien se apunta hacia un cierto desencanto por el documento al que nos referimos<sup>33</sup>.

La cuestión que surge inmediatamente es la siguiente: *¿a qué se debe, cuál es la razón económica que determina la preferencia por el testamento respecto del pacto sucesorio?* Antes de responder adecuadamente, desde una perspectiva económica, a esta cuestión, conviene dejar asentado que, a nuestro entender, la moderna empresa familiar no supone el equivalente a la antigua «casa», patrimonio familiar de base típicamente agraria, que se transmitía, en Cataluña, mediante el nombramiento de un heredero único, en vida ya del causante, a través de la figura del *heretament*, pacto sucesorio de institución de heredero.

## 2. EL PATRIMONIO FAMILIAR ¿DE LA «CASA» A LA «EMPRESA»?

Narra Vicens Vives que un elemento básico de la sociedad histórica catalana ha sido la casa y no el hombre. La casa (el *mas*) y la familia que pertenecía a ella representaban la subestructura social catalana antes y después del siglo XIV<sup>34</sup>. El florecimiento y la estabilidad del agro catalán contribuyeron a la estabilidad social. Lo importante era el hombre adscrito a la tierra y al patrimonio familiar, el cual se transmitía a un heredero único, el pri-

<sup>30</sup> Recuérdese que el pacto sucesorio puede establecerse en una escritura pública de protocolo familiar (art. 431-7 CCC) y que éste es, a su vez, a su vez, un pacto o acuerdo parasocial, lo que permitiría, desde la perspectiva empresarial, considerar al pacto sucesorio como pacto parasocial que se regula por sus propias normas (GRIMA FERRADA, Juan, «Pactos entre socios familiares» en AA. VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 177 ss.).

<sup>31</sup> «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2007. El propio Real Decreto 171/2007 define el «protocolo familiar», en el art. 2.1, como «*aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad*». En relación con la publicidad, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008; RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, «El protocolo familiar y su publicidad», pp. 1148 ss.

<sup>32</sup> <http://www.iefamiliar.com/asocterr/datos.asp>

<sup>33</sup> CERDÁ ALBERO, Fernando, «La successió en l'empresa familiar» en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, p. 182.

<sup>34</sup> VICENS VIVES, Jaume, *Noticia de Cataluña*, Destino Libro, Barcelona, 1980, p. 28.

mogénito, que atraía para la casa a su cónyuge o futuro cónyuge y a la descendencia, que a su vez, debería continuar cumpliendo el deber de mantener unido y productivo el patrimonio familiar de base agraria<sup>35</sup>. Como es sabido, la forma habitual de transmitir *mortis causa* ese patrimonio era en capitulaciones matrimoniales que otorgaba el hijo con ocasión de su matrimonio<sup>36</sup>, en las cuales se pactaba ya, por los ascendientes, que éste sería el heredero, lo que implicaba, a veces, incluso a una tercera generación, que eran los futuros hijos de los contrayentes. Dicho *heretament*, además, se combinaba, en el propio documento, en algunas zonas, entre otras estipulaciones, con la dote a favor de la mujer, el derecho de hipoteca en garantía de su devolución o el derecho de usufructo a favor de la futura viuda e, incluso, con otras disposiciones que podían realizar otros familiares. Los capítulos son, por tanto, un negocio entre posiciones jurídicas enfrentadas en sus intereses respecto al matrimonio que se quiere concertar. Los mayores problemas se dan en relación con la dote de la novia (cuantía, condiciones de entrega, circunstancias en que se debía devolver, etc...), pero también interesaba a la familia de la novia la situación patrimonial de la «casa» en la que iba a ingresar ésta, es decir, qué deudas y créditos la gravan, qué otras dotes han de entregarse o qué derechos legitimarios han de pagarse. Advierte Barrera que *«todo ello sale necesariamente a colación en las negociaciones previas, y tal vez queda reflejado en el texto de los propios capítulos»*<sup>37</sup>. Estas negociaciones, analizadas desde una perspectiva más actual, permiten afirmar que implicaban unos «costes de transacción» (costes de información y costes de negociación) ciertamente elevados. Sin embargo, a pesar de estos costes, la utilidad en términos de bienestar social que se extraía de este tipo de pactos sucesorios, implicaba una relación coste/beneficio eficiente. En efecto, los capítulos matrimoniales y, en ellos, el *heretament* a favor de un único heredero, el primogénito, era el instrumento regulador de la vida económica de la familia catalana de la época y la que otorgaba la paz y estabilidad social<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia en la Cataluña rural*, Alianza Universidad. Madrid, 1990, p. 50.

<sup>36</sup> Eso sí no se había hecho ya en las propias capitulaciones matrimoniales que otorgaron los padres en su momento.

<sup>37</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia*, pp. 92 ss.

<sup>38</sup> LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentario al art. 67 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 328. «...el heredamiento, como pieza maestra del sistema sucesorio tradicional catalán, ha cumplido secularmente su función con óptimo rendimiento social»; HINOJOSA, Eduardo de, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Urgoiti editores, edición de PESET, Mariano, Pamplona, 2003, pp. 128 ss.; VALLET DE

La concepción social de la tierra paulatinamente fue desapareciendo y la primacía de la concepción burguesa del derecho de propiedad<sup>39</sup> conllevó que la propiedad, la tierra, fuera una mercancía, dentro de un sistema de economía de mercado, que se compraba y se vendía, de la que se podía (y se puede) extraer una utilidad individual que, además, se puede contabilizar<sup>40</sup>. «*El arraigado concepto del servicio social de la tierra –nos recuerda Vicens Vives– desapareció entre los macizos infolios de la legislación y de las sentencias judiciales, encaradas hacia la defensa de la personalización individualista de la sociedad*»<sup>41</sup>. Este cambio en la concepción unido a la evolución de la familia, que de ser una familia troncal va pasando a ser una familia nuclear donde lo protegido jurídicamente es el interés del individuo<sup>42</sup>, determinó la decadencia de los capítulos matrimoniales y su paulatino abandono<sup>43</sup>. El *heretament* conllevaba una inmovilización de la tierra, la cual quedaba fuera del tráfico económico lo que iba en contra de la lógica jurídica burguesa<sup>44</sup>. Por eso, cuando las circunstancias socio-económicas cambian y los capitales se devalúan, empieza a decaer la celebración de capítulos matrimoniales y con ellos la figura del

GOYTISOLO, Juan Bms., *Reflexions sobre Catalunya*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2007, pp. 98-101.

<sup>39</sup> PESET, Mariano, «Propiedad y crédito agrario», en PETIT, Carlos (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1990, pp. 172 ss.; TEDDE DE LORCA, Pedro, «Revolución liberal y crecimiento económico en la España del siglo XIX» en AA. VV., *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza editorial, Madrid, 1994, pp. 42-43.

<sup>40</sup> BECKERT, Jens, *Inherited Wealth*, p. 17.

<sup>41</sup> VICENS VIVES, Jaume, *Noticia de Cataluña*, p. 40.

<sup>42</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia*, p. 377; FLAQUER, Lluís, «De la familia a les polítiques familiars. Vicissituds d'un recorregut», *Papers, Revista de sociologia*, 1999, p. 66; del mismo autor, *El destino de la familia*, Barcelona, 1998, pp. 97 y ss., trabajos en los que refleja la evolución sufrida por la familia como institución.

<sup>43</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia*, pp. 142-144. Este autor indica, como causas de abandono de los capítulos matrimoniales, las siguientes: i) aumento de la presión fiscal sobre las transacciones reflejadas en los capítulos; ii) progresiva inadecuación del instrumento capitular por los problemas prácticos que generaba la irrevocabilidad; iii) rápidos cambios socio-económicos, implantación de medios de producción «industriales», lo que conllevó la reorganización de la explotación familiar de acuerdo con criterios de racionalidad productiva, para lo cual los capítulos representan una rémora; iv) deterioro de la institución dotal; v) rechazo del heredero a la interferencia paterna a la hora de elegir pareja, determinando una mayor independencia de la familia; vi) pérdida de control de los padres sobre sus hijos. El autor acaba afirmando que: «*los mecanismos sucesorios se vuelven más flexibles; e incluso queda abierta la puerta a prácticas heterodoxas. Nuevas formas de relación interpersonal y de organización doméstica van ganando terreno. Algunas de ellas irán con el tiempo consolidándose como alternativa a los viejos, anacrónicos usos, moral y valores*» (p. 145).

<sup>44</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia y familia*, pp. 368 y ss. Desde una explicación económica, consúltese, BAKER, Matthew/MICELLI, Thomas J., «Land Inheritance rules: theory and cross-cultural analysis», *J. Organiz. Behav.* vol. 56 (2005), pp. 77-102, pp. 82 ss.

*heretament*. Por otro lado, hay que tener en cuenta, que la fragmentación del patrimonio, en un momento social histórico concreto, en el que no existe un sistema de mercado, hace que no existan mecanismos para que esa oferta pueda absorberse, lo que provoca que la fragmentación de la tierra resulte económicamente ineficiente<sup>45</sup>.

Esta nueva concepción individualista del derecho de propiedad, a nuestro modo de ver, determina que la empresa familiar actual no pueda ser vista como la continuación moderna (o postmoderna) de la antigua «casa» de la sociedad histórica catalana. Además, la conquista de los derechos individuales de la persona, el cambio en la concepción y composición del núcleo familiar, provoca que se deje de concebir a la persona adscrita a un patrimonio, ahora, a la empresa familiar<sup>46</sup>. Este cambio en la mentalidad jurídica y social supone un cambio también respecto a la consideración que merecen aquellos costes de transacción que, en un determinado momento histórico, se asumían porque se compensaban con el beneficio social. Con el concepto burgués del derecho de propiedad y la aparición del sistema de economía de mercado, la fragmentación de patrimonios ya no representa un problema, al poseer el mercado mecanismos que permiten absorber dicha oferta. Consiguientemente, la importancia de los costes de transacción se hace, en este momento, ciertamente evidente y, de ahí, la necesidad de contemplar, desde la perspectiva económica, el comportamiento del individuo que opta por plasmar su sucesión en un testamento y no en un pacto sucesorio. Desde dicha perspectiva el comportamiento de éste es racional<sup>47</sup>.

Los costes de transacción, en la actualidad, no aparecen compensados con la utilidad, el bienestar social (estabilidad y paz social), que era pieza angular del sistema socio-económico anterior, lo que no quiere decir que, indirectamente, no se genere una utilidad social. Por eso, en este momento, el planteamiento es si esos costes de transacción compensan o no el beneficio individual de los suje-

<sup>45</sup> LUECK, Dean/MICELI, Thomas «Property Law» en POLINSKY, A. Mitchell/SHAVELL, Steven (eds.), *Handbook of Law and Economics*, vol. I, Serie: Handbooks in economics, 27, 1.ª edic., Oxford, 2007, p. 223.

<sup>46</sup> Destaca MAGARIÑOS BLANCO, Victorio la elusión de poner incluso el nombre de la familia a la empresa familiar para evitar que resulte dañado por avatares económicos y el interés por el anonimato tras la personalidad jurídica de una sociedad capitalista («La libertad de testar», *RDP*, 2005, p. 21).

<sup>47</sup> POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de cultura económica, México, D. F., 1998, p. 11: «El comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige». Un intento de introducir otros factores en el comportamiento del *homo oeconomicus* y que, se considera, deberían tenerse en cuenta por los estudiosos del análisis del derecho, puede verse en JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard H., «A Behavioral Approach to Law and Economics» en SUNSTEIN, Cass R. (ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000, pp. 13 a 59.

tos que los tienen que asumir, de suerte que si existen instrumentos jurídicos alternativos que producen el beneficio deseado a un menor coste, el individuo «racionalmente» se decantará por ellos. Y es que organizar la sucesión *mortis causa* mediante un pacto sucesorio, en lugar de mediante un testamento, comporta mayores costes que, el *homo oeconomicus*, racionalmente egoísta<sup>48</sup>, tiende a evitar y que, por tanto, explica el porqué de la preferencia del testamento en lugar del pacto sucesorio. Una regulación jurídica debe dirigirse, para ser eficiente, a que se reduzcan al máximo los costes de transacción y proporcionar, a cambio, bienestar o utilidad a las partes, a los sujetos. En caso contrario, la regulación es ineficiente, lo que llevará a que difícilmente se aplique en la práctica.

### 3. LOS COSTES ECONÓMICOS DE LA CELEBRACIÓN DE PACTOS SUCESORIOS

Conocido es que una de las dificultades a la que se enfrenta la empresa familiar es la de la sucesión de su fundador o fundadores. Dicha sucesión comprende tanto la sucesión en la organización empresarial como en la propiedad de la empresa. Es una realidad que los empresarios, sobre todo, los de la primera generación suelen ser reticentes<sup>49</sup> al cambio generacional y que el retraso en el mismo es una de las causas del fracaso de la siguiente generación y de que, por tanto, la empresa acabe desapareciendo<sup>50</sup>. Esas rémoras no son sólo de índole organizativa como el retraso en la formación del futuro sucesor en el caso de que ya se le hubiera elegido<sup>51</sup>, su decisión para incorporarse definitivamente en puestos de direc-

<sup>48</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus, *Manual de análisis económico del derecho civil*, pp. 61 ss.; PAZ-ARES, Cándido, «La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho», *ADC* 1981-II, pp. 627-628.

<sup>49</sup> Ello es, en parte, debido a determinados rasgos de la personalidad del fundador que los estudiosos del mundo de la empresa califican como «monarca» o «general», lo que dificulta el traspaso. Cuando, en cambio, son «gobernadores» se realiza dicho traspaso de forma menos conflictiva. En el primer caso se ve al sucesor como un «competidor»; en el segundo caso, se han separado ya las identidades, de suerte que una es la de la empresa y otra es la del fundador, lo que evita esa mirada «competitiva» al sucesor (MATTHEWS, Charles H./MOORE, Terrence W./FIALKO, Anne S., «Succession in the Family Firm: A Cognitive Categorization Perspective», *Family Business Review*, vol. XII, núm. 2, junio, 1999, pp. 159-170, p. 164; STAUROU, Eleni T./KLEONTHOUS, Tonia/ANASTASIOU, Tassos, «Leadership Personality and Firm Culture during Hereditary Transitions in Family Firms: Model Development and Empirical Investigation», *Journal of Small Business Management*, 2005, 43-2, pp. 187-206, p. 188).

<sup>50</sup> BJUGGREN, Per-Olof/SUND, Lars-Göran, «Strategic Decision Making in Inter-generational Succession of Small and Medium-Size Family-Owned Business», *Family Business Review*, vol. XIV, marzo, 2001, pp. 11 ss.

<sup>51</sup> Debe recordarse que una cosa es la capacidad para suceder (arts. 412-1 a 412-8 CCC) y otra es la capacidad para ser empresario (art. 5 CCo). Al respecto, *vid.* PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> Luisa, *La sucesión*, pp. 105 ss.

ción en la misma empresa<sup>52</sup>, el paso por diversas y variadas funciones, el cobro de un salario independiente por el trabajo que desempeña<sup>53</sup>, razones psicológicas como es la relación existente entre el fundador y el sucesor<sup>54</sup>, sino que el retraso es también apreciable a la hora de transmitir la titularidad de la empresa (o de sus acciones o participaciones) a los futuros sucesores<sup>55</sup>.

### 3.1 Los costes de transacción y la elección del sucesor

Existe un coste de información, cual es el que se corresponde con los recursos que el causante debe invertir para informarse acerca de la persona (o de las personas), a la cual deja un bien o bienes determinados o todo su patrimonio (en nuestro caso, la empresa familiar), es decir, en qué medida, la persona del sucesor tiene las cualidades que el causante valora y que le llevan a desear su institución como sucesor<sup>56</sup>. Estos costes se ahorran cuando la legislación determinaba que el heredero debía ser el primogénito. El derecho de primogenitura significaba un ahorro de costes, como sucedía con la sucesión en la «casa»<sup>57</sup>. Desaparecido este derecho, el causante debe invertir en informarse acerca de quién, de entre

<sup>52</sup> BARBEITO ROIBAL, Susana/GUILLÉN SOLÓRZANO, Eduardo/MARTÍNEZ CARBALLO, Manuel/DOMÍNGUEZ FEJÓO, Gerardo, «Visión europea del proceso de sucesión en la empresa familiar», *Boletín económico ICE*, núm. 2821, 25-31 octubre 2004, pp. 32 ss.; BROCKHAUS, Robert H., «Family Business Succession: Suggestions for Future Research», *Family Business Review*, vol. XVII, núm. 2, junio, 2004, pp. 165-177, p. 167; LUBATKIN, Michael H./SCHULZE, William S./LING, Yan/DINO, Richard N., «The effects of parental altruism on the governance of family-managed firms», *J. Organiz. Behav.* 26(2005), pp. 313-330.

<sup>53</sup> Uno de los riesgos que existen en la empresa familiar es el solapamiento de las relaciones familiares con las empresariales, lo que puede tener ventajas pero también inconvenientes y uno de ellos es, precisamente, la falta de asignación de un salario por el desarrollo de una determinada actividad laboral o profesional (HARVEY, S. James Jr., «What Can the Family Contribute to Business: Examining Contractual Relationships», *Family Business Review*, vol. XII, núm. 1, marzo, 1999, pp. 61-72).

<sup>54</sup> Vid. nota núm. 49.

<sup>55</sup> Si bien en algunos sistemas jurídicos, la regulación de las legítimas puede suponer un inconveniente a la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, no pensamos que en el derecho catalán lo sea, dado, por un lado, el sistema de legítima corta y, por otro, de la posibilidad de que el sujeto que debe satisfacerla pueda hacerlo con dinero aunque éste no exista en la herencia, consecuencia de su naturaleza jurídica como *pars valoris* (art. 451-11 CCC). Respecto de la relación existente entre el sistema de legítimas y la transmisión de la empresa familiar en aquellos ordenamientos jurídicos que presentan una regulación rígida del primero, vid. LÓPEZ BURNIOL, Juan José, *La «resurrección»*, p. 48; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFDUDC*, 13/2009, pp. 481-554.

<sup>56</sup> Vid., en materia contractual, respecto del coste de información, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Los costes de transacción» en *Estudios jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, coord. por IGLESIAS PRADA, Juan Luis, T. II, Madrid, 1996, pp. 131 ss., p. 141; LE BRETON-MILLER, Isabelle/MILLER, Danny/STEIER, Lloyd P., «Toward an Integrative Model of Effective FOB Succession», *ET&P*, verano, 2004, pp. 305-328, pp. 308-309.

<sup>57</sup> Vid. el epígrafe III.2 de este trabajo.

los posibles sucesores, es más idóneo para adquirir todo o parte de su patrimonio<sup>58</sup>.

En este punto conviene tener en cuenta el tipo de empresa familiar ante la que nos hallemos<sup>59</sup> ya que los costes de información y de evaluación, en relación con la designación del sucesor, variarán. En efecto, en una empresa familiar de estructura sencilla, como pudiera ser un establecimiento abierto al público, los costes de designación del sucesor no serán probablemente muy elevados, puesto que la persona o personas a las que se designa como sucesores, suelen formar parte del círculo íntimo o próximo al causante<sup>60</sup>, con lo cual, éste dispone ya de cierto nivel de información suficiente para tomar su decisión pues no suele ser extraño que el sucesor se halle ya vinculado a la misma, trabaje en ella, ocupe alguna posición relevante<sup>61</sup> o, incluso, ostente ya, según la forma que la empresa adopte, un determinado número de acciones<sup>62</sup>. Es más, en vida del causante, aunque sea al final de su vida profesional, se puede ya formar a la persona o personas que, eventualmente, a su muerte, se harán cargo de la empresa familiar<sup>63</sup>. El causante puede contar ya con un determinado nivel de información suficiente para poder tomar su decisión sin excesivos costes de información. Además, conoce la situación empresarial, las líneas maestras respecto a los objetivos futuros, la planificación futura o las estrategias a seguir para evitar conflictos futuros cuando ya se ha elegido al

<sup>58</sup> Desde el derecho de la empresa, *vid.* a este respecto, FUENTES RAMÍREZ, JAVIER, *De padres a hijos*, pp. 289 ss. En la práctica, en no pocas ocasiones, el fundador de una empresa familiar transmite la titularidad de la misma al hijo o a la hija «elegido/a» independientemente de sus habilidades y de su contribución al éxito de la empresa (STAUROU, Eleni T./KLEONTHOUS, Tonia/ANASTASIOU, Tassos, «Leadership Personality», p. 191). El hecho de que para evitar la desaparición de la empresa familiar se escoja a un único sucesor, lleva, en no pocos casos, a escoger al varón en detrimento de la mujer, lo que supone un freno importante a la incorporación de la mujer a los puestos de dirección de las empresas [al respecto *vid.* NAVAS NAVARRO, Susana, «Uso y tenencia de bienes por las mujeres (Aplicación de las acciones positivas al derecho privado)» en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario/GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz, *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 1315 y ss.; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Angeles, «Legítimas», p. 538].

<sup>59</sup> MILLER, Danny/STEIER, Lloyd/LE BRETON-MILLER, Isabelle, «Lost in time: intergenerational succession, change and failure in family business», *Journal of Business Venturing*, 18 (2003), pp. 513-531.

<sup>60</sup> Recuérdese que, en materia de pactos sucesorios, el ámbito subjetivo se circunscribe a determinadas personas (art. 431-2 CCC).

<sup>61</sup> AMAT, Joan, M. «El relevo generacional como estímulo a la renovación estratégica en la empresa familiar» en AMAT, Joan M., *La sucesión en la empresa familiar*, Colección IEF, Barcelona, 2004, pp. 127 ss.; FUENTES RAMÍREZ, JAVIER, *De padres a hijos*, pp. 257 ss.

<sup>62</sup> La veste jurídica de la empresa familiar puede ser ciertamente heterogénea: desde un empresario individual hasta una sociedad anónima (CERDÁ ALBERO, FERNANDO, «La empresa familiar», pp. 99 ss.; GRIMA FERRADA, Juan, «Pactos», pp. 145 ss.).

<sup>63</sup> GALLO, Miguel, «Preparación de la siguiente generación y desarrollo de la organización» en AMAT, Joan M., *La sucesión en la empresa familiar*, Colección IEF, Barcelona, 2004, pp. 115 y ss.

sucesor<sup>64</sup>. Esta información la posee el causante-fundador, no siempre el sucesor (o sucesores)<sup>65</sup>.

En cambio, en una empresa familiar de estructura más compleja (mediana o gran empresa), donde existen diferentes ramas familiares, la discusión y posterior elección del sucesor (o de los sucesores) irá precedida de una fase inevitable de negociación, ya que normalmente existirán diferentes «candidatos»<sup>66</sup> y se tienen que pactar estrategias futuras, por los órganos familiares existentes<sup>67</sup>, tales como la Asamblea de familia, el Consejo de familia o el Consejo asesor, entre los más comunes<sup>68</sup>. Además, deberán preverse las posibles incidencias futuras de dicha elección<sup>69</sup>. En estos casos, los recursos a invertir en recabar información y en negociar la elección del sucesor o sucesores (los costes de transacción) pueden ser considerables, si bien la reputación de la persona «elegida» facilita información complementaria sobre su comportamiento y profesionalidad<sup>70</sup>. Hay que tener en cuenta que puede existir, como ya hemos indicado, un protocolo familiar, en el cual puede haberse negociado, en su momento, y haberse establecido ya la estrategia a seguir de cara a la sucesión *mortis causa*. No obstante, no hay que olvidar que tan solo el 25% de las empresas familiares cuentan con un protocolo<sup>71</sup>, con lo que si no existen otros «acuerdos parasociales» donde se hayan tenido en cuenta estos aspectos y, sobre todo, el concerniente a la transmisión *mortis causa* de la empresa, la cuestión se planteará, en un momento posterior, con toda su crudeza, por lo cual los costes de transacción podrán llegar a ser muy elevados<sup>72</sup>. En definitiva, la institución de un sucesor en la empresa familiar no es un acto puntual o aislado, sino que debe analizarse

<sup>64</sup> BARBEITO ROIBAL, Susana/GUILLÉN SOLÓRZANO, Eduardo/MARTÍNEZ CARBALLO, Manuel/DOMÍNGUEZ FEIJÓO, Gerardo, «Visión europea», p. 29.

<sup>65</sup> Recuérdese que según el estudio del Prof. GIMENO SANDIG el 51% de las generaciones posteriores no participan en la sucesión de la empresa familiar a la que probablemente ya se hayan incorporado (*vid.* epígrafe III.1 de este trabajo).

<sup>66</sup> Destaca las dificultades de la selección del sucesor y las negociaciones ligadas a este extremo cuando intervienen diferentes ramas familiares, BROCKHAUS, Robert H., «Family Business Succession», pp. 167 ss.

<sup>67</sup> Este planteamiento permitiría dar auge a una figura que, en el derecho catalán, tiene escasa aplicación práctica. Me refiero a la designación del heredero por el cónyuge o conviviente en unión estable de pareja con el causante (arts. 424-1 a 424-4 CCC) o a los dos parientes más próximos (arts. 424-5 a 424-10 CCC).

<sup>68</sup> LE BRETON-MILLER, Isabelle/MILLER, Danny/STEIER, Lloyd P., «Toward an Integrative Model», p. 316; RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, «El protocolo familiar y su publicidad», p. 1144;

<sup>69</sup> LE BRETON-MILLER, Isabelle/MILLER, Danny/STEIER, Lloyd P., «Toward an Integrative Model», pp. 315-316.

<sup>70</sup> BROCKHAUS, Robert H., «Family Business Succession», p. 168.

<sup>71</sup> *Vid.* epígrafe II.1 de este trabajo.

<sup>72</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Luis indica que, precisamente, una forma de reducir estos costes es utilizar los mecanismos o conjuntos de reglas jurídicas, esto es, los mecanismos formales. Pero también cabe emplear mecanismos no formales que se desarrollan por la

dentro de su contexto, en el cual, existen toda una serie de negociaciones previas y donde intervienen otros miembros de la familia. Por ello, tiene sentido que el legislador haya admitido que, en un protocolo familiar, que se otorgue en escritura pública<sup>73</sup>, donde se pactan las estrategias y se planifican los objetivos de la empresa<sup>74</sup>, se pueda pactar una institución de heredero (art. 431-8 CCC).

### 3.2 Los costes económicos derivados de la modificación por el causante de su voluntad

No suele ser frecuente, en la práctica, que la transmisión de la titularidad de la empresa familiar se haga «en vida» del titular actual, esencialmente, a través de una donación (arts. 531-7 ss. CCC) o, incluso, de un pacto sucesorio con donación de bienes de presente (art. 431-19.1 y art. 431-29.3 CCC). En cambio, suele ser más frecuente, anunciar o prometer estratégicamente<sup>75</sup> a una persona que será nombrada sucesora (a título universal o particular) en la titularidad de la empresa familiar, en la que probablemente, ya trabaje. Con ello, lo que se persigue es influenciar el comportamiento del futuro sucesor para que se implique más y se identifique más con la cultura corporativa de la empresa familiar. El grado de influencia en el comportamiento del futuro sucesor puede ser todavía mayor que el que proporciona una mera promesa, en función de que esa promesa pudiera ser coercible o no<sup>76</sup>. Un mayor grado de influencia se tendrá si se le nombra «sucesor» en el testamento. No obstante, todavía se podría influir más en el comportamiento del sucesor, si se le instituye en un pacto sucesorio<sup>77</sup> ya sea como heredero (*hereta-*

autonomía privada. Por tanto, celebrando contratos; en nuestro caso, otorgando un protocolo familiar u otro acuerdo parasocial («Los costes de transacción», pp. 145 ss.).

<sup>73</sup> TENA ARREGUI, Rodrigo, *Costes de transacción y fe pública notarial*, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, n.º 6.

<sup>74</sup> La doctrina suele diferenciar, en relación con estos acuerdos, entre «pactos de relación», «pactos de atribución» y «pactos de organización» (PAZ-ARES, Cándido, «El enforcement de los pactos parasociales», pp. 3-4).

<sup>75</sup> En relación con la donación, *vid.* BERNHEIM, B. Douglas/SHLEIFER, A./SUMMERS, Lawrence H., «The Strategic Bequest Motive», *Journal of Political Economy*, 1985, vol. 93, n. 6, pp. 1045-1076; PEROZEK, Mark G., «A Reexamination of the Strategic Bequest Motive», *Journal of Political Economy*, 1998, vol. 106, núm. 2, pp. 423-445; SHAVELL, Steven, «An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts», *Journal of Legal Studies*, vol. XX, junio, 1991, pp. 401-421.

<sup>76</sup> KULL, Andrew, «Reconsidering Gratuitous Promises», *Journal of Legal Studies*, vol. XXI, enero, 1992, pp. 39-65. En todo caso, sí que pueden originarse daños extracontractuales resarcibles mediante el recurso al art. 1911 CCE (PINTENS, Walter, «Die Europäisierung des Erbrechts», *ZEuP* 3/2001, pp. 628-648, p. 644). Puede haberse incurrido en el «coste de confianza» al haber dejado pasar una oportunidad (EISENBERG, Melvin ARON, «Donative Promises», *University of Chicago Law Review*, 47:1, 1979:Fall, pp. 18 ss.).

<sup>77</sup> A favor de la introducción de los pactos sucesorios en el ámbito de aplicación del Código civil, *vid.*, por todos, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», en Asociación de Profesores de Derecho civil,

ment) o como sucesor a título particular (pacto sucesorio de atribución particular). En este último caso, el grado de influencia es mayor si el propio sujeto concernido es parte del pacto (art. 431-2 CC) que si es sólo un tercero beneficiario (art. 431-3 CCC) ya que, en el primer caso, es necesario su consentimiento para poder extinguir el pacto mediante mutuo disenso (art. 431-12 CCC); mientras que en el segundo caso, no, ya que no adquiere ningún derecho a la sucesión hasta que no fallezca el causante porque no ha habido aceptación (art. 431-3.1 CCC). En ambos supuestos, existe un rasgo común, cual es la «irrevocabilidad» (arts. 431-18 y 431-30.5 CCC), como regla general, propia del pacto sucesorio, en cuanto posee una estructura contractual, y que, en cambio, no se da en el testamento que es esencialmente revocable (art. 422-8.1 CCC).

Por tanto, desde la perspectiva del causante, parece, en una primera aproximación, que el pacto sucesorio es el instrumento jurídico de planificación sucesoria que más podría motivar al sucesor, puesto que lo hace ya en vida del causante. Ahora bien, el pacto sucesorio que es, como regla general, irrevocable, *¿es un instrumento de planificación sucesoria económicamente eficiente?* Aquí es donde empiezan a surgir las dudas. En primer lugar, desde la perspectiva del sucesor, el saberse «ya» titular de la empresa familiar puede justamente producir el efecto contrario, esto es, desincentivar su conducta, de suerte que su actitud hacia la empresa familiar cambie<sup>78</sup>, sin que ese cambio de actitud o comportamiento represente una causa de indignidad que llevara a revocar la institución (art. 431-13 en relación con el art. 412-3 CCC), cambien sus metas y sus objetivos personales sean otros, le influencien terceras personas, lo que pudiera hacer que perdiera interés en la empresa, con lo cual al final el efecto que se obtiene es el contrario al perseguido. Pero, pueden producirse otros avatares como la incidencia de la elección en los trabajadores de la empresa, en los potenciales clientes, en la reputación de la empresa, en el valor de las acciones, un cambio legislativo concreto que afecte en un determinado sentido a la empresa familiar o el padecimiento de una enfermedad grave que provoca un cambio en las estrategias vitales. También cabe que al causante le sobrevenga el «temor» a quedarse sin bienes suficientes dada la incertidumbre acerca del fin de la vida humana<sup>79</sup>, se dé cuenta de su error de percepción, una infravalora-

*Derecho de sucesiones. Presente y futuro.* XII Jornadas de la asociación de profesores de derecho civil, Servicios de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 477-543.

<sup>78</sup> Esta es una de las razones que justifican que el individuo evite donar bienes en vida y lo posponga hasta su muerte (SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Harvard University Press, 2004, p. 60).

<sup>79</sup> DAVIES, James B., «Uncertain Lifetime, Consumption and Dissaving in Retirement», *Journal of Political Economy*, 1981, vol. 89, núm. 3, pp. 561-577.

ción de la realidad, un sobreoptimismo, una excesiva confianza en sí mismo y en su elección que después se desvanecen y le hacen valorar correctamente la situación o tenga lugar cualquier otra circunstancia que conlleve que el causante (empresario) cambie su voluntad. Ante ello, si no se previó nada en el pacto sucesorio (art. 431-14.1 letra a CCC admite que se pacten expresamente causas de revocación del pacto sucesorio), difícilmente pueda alegarse, con éxito, un cambio sobrevenido de las circunstancias (art. 431-14.1 letra d CCC), dada la aplicación restrictiva que, de dicha doctrina, suele hacer la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>80</sup>. Por consiguiente, tendrá, si quiere evitar la situación de irrevocabilidad, que prever los posibles riesgos en el propio pacto sucesorio. La previsión de estos riesgos va a tener que hacerse ya, en el momento de la celebración del pacto sucesorio. Esto implica la necesidad de establecer determinadas cláusulas en el pacto sucesorio<sup>81</sup>, tales como, aquellas relativas a causas de revocación específicas pactadas por las partes (art. 431-14.1 letra a CCC), modos o finalidades (art. 431-6 CCC)<sup>82</sup>, sustituciones fideicomisarias (art. 431-5.1 CCC) o reversiones (art. 431-5.1 CCC), entre otras posibles, que faciliten el camino, en caso de una modificación de la voluntad por el causante<sup>83</sup>. Es decir, que impliquen un menor coste económico en caso de modificación de esa voluntad. Luego, van a

<sup>80</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-14» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1127-1128. En el derecho aragonés, se admite en cambio la ineficacia sobrevenida del pacto por cambio de las circunstancias por BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios en la ley aragonesa de sucesión por causa de muerte», *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 2, 2005.

<sup>81</sup> Así, el art. 431-5.1 CCC, al referirse al objeto del pacto sucesorio, explicita que «en pacte successori, es pot ordenar la successió amb la mateixa amplitud que en testament». También si se compara el art. 421-2 CCC que precisa el contenido del testamento («en testament, el causant ordena la seva successió mitjançant la institució d'un o més hereus i pot establir llegats i altres disposicions per a després de la seva mort») y el art. 431-1.1 CCC que, aunque, se rubrica como «concepto de pacto sucesorio», en realidad, expresa el contenido del mismo («en pacte successori, dues o més persones poden convenir la successió per causa de mort de qualsevol d'elles, mitjançant la institució d'un o més hereus i la realització d'atribucions a títol particular»). Parecidas afirmaciones hace EGEA FERNÁNDEZ, Joan, en relación con el Proyecto de Ley del Libro IV del Código civil de Cataluña publicado en el «BOPC», núm. 282, de 12 de junio de 2008 («Protocolo familiar y pactos sucesorios», p. 23).

<sup>82</sup> Críticas con la previsión que hace el art. 431-6 CCC respecto de «modos, condiciones y finalidades», vid. GARCÍA RUBIO, María Paz/HERRERO OVIEDO, Margarita, «Las disposiciones generales sobre pacto sucesorio en el Libro IV del Código civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad», en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, pp. 465 ss.

<sup>83</sup> Advierte de la necesidad de revisión periódica del testamento del empresario para ir adaptando su voluntad a las circunstancias económicas de la empresa familiar, RODRÍGUEZ APARICIO, Jorge Alberto, «El protocolo familiar» en AA. VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 306.

existir ya, de entrada, unos costes de información y, por tanto, de transacción<sup>84</sup>.

Sin embargo, es imposible prever todos los riesgos, e incluso, puede ser que los que se hayan previsto no se den jamás y sí, en cambio, acontezcan otros. Por eso, es económicamente ineficiente intentar prever todos esos posibles acontecimientos futuros que faciliten el camino hacia la revocación del pacto sucesorio («causas expresamente pactadas»), ya que generarían costes de información muy elevados, puesto que deberían invertirse muchos recursos en informarse sobre todos los posibles acontecimientos futuros<sup>85</sup>. Si, por tanto, no se pueden prever todos los riesgos y acaecen aquellos no previstos por las partes que pueden llegar a determinar una mutación de la voluntad del causante, el cauce jurídico que tendrá, a su alcance, el causante será intentar extinguir la situación jurídica creada a través del mutuo disenso (art. 431-12.1 CCC)<sup>86</sup>, luego será necesario el acuerdo de todos los otorgantes del pacto sucesorio que resulten afectados por la modificación o por la extinción (art. 431-12.2 CCC). Ahora bien, ello supone, con carácter previo, que las partes tengan, primero, información al respecto y, segundo, se pongan de acuerdo en extinguir o modificar el pacto sucesorio, lo que implica contraer nuevos costes económicos: invertir recursos en informarse acerca de los hechos acaecidos, de la modificación o extinción del pacto y como ésta les pueda afectar.

Así, parece que el pacto sucesorio no es, como regla general, un instrumento jurídico suficientemente «eficiente» como para incentivar su celebración, lo que conllevará, con un alto grado de probabilidad, que, en la práctica, se sigan sin otorgar pactos sucesorios y

<sup>84</sup> Hay que partir de la base de que, si bien el pacto sucesorio es un contrato unilateral (EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim jurídic», p. 17; NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009), se encuentra dentro de la categoría de los contratos y, de ahí que puedan emplearse las mismas herramientas conceptuales que se emplean para analizar cualquier contrato desde la perspectiva del análisis económico del derecho -costes de oportunidad, costes de transacción- haciendo las adaptaciones convenientes, ya que no estamos ante un intercambio de bienes y/o servicios que es el paradigma del análisis económico del derecho en materia contractual.

<sup>85</sup> POSNER, Richard, A., *El análisis económico*, p. 93.

<sup>86</sup> La resolución del pacto sucesorio tiene sentido si se admiten los pactos sucesorios onerosos sinalagmáticos (PIOTET, PAUL, «La nature des pactes successoraux, et ses conséquences», *ZSR*, 111/1992, pp. 367-388); no, si no lo son, porque se parte de la existencia de una contraprestación que no se da, salvo que admitamos esta clase de pactos sucesorios en el CCC (en contra, EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim jurídic», pp. 17 y ss.; a favor FERRER RIBA, Josep siguiendo el derecho alemán, «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi Civil de Catalunya» en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, pp. 28-29). Critican el empleo de la expresión «resolución», GARCÍA RUBIO, María Paz/HERRERO OVIEDO, Margarita, «Las disposiciones generales», p. 477.

tampoco son lo suficientemente «eficientes» como para influenciar la conducta del sucesor.

#### 4. POSIBLES NEGOCIOS JURÍDICOS «EFICIENTES» PARA LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

La afirmación que acabamos de realizar debe matizarse ya que existe un tipo de pacto sucesorio que sí pudiera ser lo suficientemente eficiente como para que se organizara la sucesión en la empresa familiar mediante el mismo, es decir, que el coste que supone su celebración es inferior al beneficio/utilidad que se pueda obtener, aunque no está ausente de desventajas. Nos referimos al *pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo* (art. 431-21 CCC). En efecto, éste es, como se sabe, revocable unilateralmente, mediante el otorgamiento de otro pacto sucesorio o bien mediante un testamento abierto notarial puesto que su finalidad esencial es evitar que al morir el causante deba abrirse la sucesión intestada<sup>87</sup>. Así, acaecidos determinados riesgos, como los descritos con anterioridad, que pudieran hacer cambiar la voluntad del causante, éste sólo tiene que otorgar un nuevo negocio jurídico *mortis causa* (art. 422-8.1 y art. 431-23 CCC). Ahora bien, como advierte el art. 431-21.3 CCC, es necesario que quede claramente expresado que el pacto sucesorio tiene ese carácter y que, por tanto, es revocable. A nuestro modo de ver, este precepto permite o bien que expresamente se establezca por las partes que tiene carácter preventivo o que se deduzca de modo claro y terminante dicha revocabilidad al establecerse la facultad de revocación. En contra de algún sector doctrinal<sup>88</sup>, consideramos que no es posible el pacto sucesorio que no tenga carácter preventivo pero que, sin embargo, se pacte la posibilidad, en el mismo, de revocación *ad libitum* por cualquiera de las partes o sólo por una de ellas, ya que esto sería dejar la validez y el cumplimiento del pacto al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CCE), además desvirtúa el sentido y la finalidad del pacto sucesorio<sup>89</sup>. Por eso, sólo es posible en la medida en que adquiera el carácter preventivo; en caso contrario, no es jurídicamente posible. Si no se prevé dicho carácter

<sup>87</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-21 CCC», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1152-1153.

<sup>88</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-23 CCC», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1125 y 1157.

<sup>89</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 318.

preventivo el pacto no podrá revocarse y será un pacto sucesorio «ordinario», esto es, sometido a las causas generales de revocación legalmente establecidas (art. 431-14 CCC).

El coste de la previsión del carácter preventivo, en una u otra formulación, no existe en el testamento. Por otro lado, la revocación del pacto sucesorio que contiene una institución con carácter preventivo exige su notificación, salvo dispensa, a los otros otorgantes, lo que tampoco es necesario en el testamento (art. 431-21.2 CCC). A ello, además, debe añadirse otro coste económico que existe, en determinado tipo de pacto sucesorio en el que se ha establecido un *heretament* o una atribución particular con carácter preventivo, cual es el recíproco o mutual, consistente en el coste que representa la necesidad de contar con el consentimiento de la otra parte del pacto para poder disponer *inter vivos* de los propios bienes. Ello supondrá, a buen seguro, incurrir en costes de transacción (art. 431-25.3 CCC)<sup>90</sup>, los cuales tampoco se dan en el testamento. Por otro lado, el pacto sucesorio, aunque sea preventivo, ya se instituya heredero o sea de atribución particular, siempre necesitará un determinado requisito de forma (art. 431-7 CCC).

Quizá una alternativa que también pudiera plantearse en términos de eficiencia, dependiendo de la regulación jurídica que se le otorgara, es el testamento *mancomunado*. Conocido es que el testamento mancomunado no se admite ni en el derecho catalán ni en el derecho del CCE, si bien la mayor parte de la doctrina se decanta por la derogación de la prohibición del testamento mancomunado en este último<sup>91</sup> y por la introducción de la figura en el CCC<sup>92</sup>, como se admite sin problemas en el derecho aragonés (arts. 91 y 102-107 Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte<sup>93</sup>). Este tipo de testamento es esencialmente revocable; ni siquiera es necesario hacer esa precisión en el propio contenido del

<sup>90</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-23 CCC» EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1153.

<sup>91</sup> CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., «El testamento mancomunado, testamento exportable al Código Civil», *RJNavarra*, 15/1993, pp. 35-53; GARCÍA VICENTE, José Ramón, «El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código civil» en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Servicios de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 289-299; MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «La libertad de testar», p. 20.

<sup>92</sup> Por todos, *vid.* SALVADOR CODERCH, Pablo/LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentari a l'art. 411-3 CCC» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 70.

<sup>93</sup> «BOA», núm. 26, de 4 de marzo de 1999 (en adelante, abreviada como «LASCM»). En la doctrina, *vid.* TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio, «El testamento mancomunado en Aragón», *AC*, 2000, pp. 693 y ss.

testamento, como por contra, debe establecerse el carácter preventivo en el pacto sucesorio en el que se ha instituido un heredero o se ha otorgado una atribución particular (art. 431-23.3 CCC), y, en cambio, permite un cierto acuerdo de familiares o parientes a la hora de determinar la figura del sucesor en la empresa familiar. Además, podría llegar a ser ológrafo (art. 96 LASCMM), con lo cual no habría coste de otorgamiento del mismo, coste que, en cambio, existe en caso de otorgamiento de pacto sucesorio en el que se instituye heredero o se otorga una atribución particular con carácter preventivo. Un inconveniente lo podría representar la revocación unilateral del testamento mancomunado cuando éste es correspectivo. Pero todo dependería del régimen de publicidad que se le asignara a dicha revocación, el cual puede requerir forma pública o carácter recepticio de la revocación, de forma que no surta efecto la revocación sin el conocimiento del otro otorgante del testamento<sup>94</sup>, aunque también puede no hacerse depender la eficacia de la revocación de dicho conocimiento bastando una comunicación por parte del notario a la otra parte otorgante (art. 106.4 LASCMM). Dependiendo del régimen jurídico de publicidad de la revocación que se adoptara, los costes de la misma podrían llegar a ser inferiores a los de la revocación del pacto sucesorio en el que se ha instituido heredero o se ha otorgado una atribución particular con carácter preventivo.

En cuanto a la regulación en relación con los actos de disposición *inter vivos*, por parte de los otorgantes del testamento, en el caso del testamento mancomunado correspectivo, se puede plantear la necesidad de que el otro otorgante preste el consentimiento a los negocios jurídicos de carácter gratuito, que sólo se le comunique con carácter recepticio haciendo depender la eficacia de ese acto de disposición del conocimiento del otro otorgante o la ineficacia sobrevinida de la disposición correspectiva o incluso de todo el testamento en el momento en que se disponga. En este último supuesto, se obviaría la necesidad de incurrir en costes de transacción recabando el consentimiento del otro otorgante.

Los costes económicos, arriba referidos, se ahorran en caso del testamento ordinario. La fase de información (los costes de transacción) y de elección del sucesor siempre existe, se opte por testar o por pactar. En cambio, se pueden obviar los costes posteriores, esto es, los costes que conlleva el cambio en la voluntad del causante, lo que hace que la regulación del testamento sea más eficiente que la del pacto sucesorio. El *testamento*, como es sabido, es esencialmente revocable (art. 422-8.1 CCC) y sin necesidad de

<sup>94</sup> GARCÍA VICENTE, José Ramón, «El testamento mancomunado», p. 295.

expresar causa alguna de revocación, incluso es válido un testamento meramente revocatorio del anterior (arts. 422-8 y 422-9 CCC), lo que facilita el adaptar la situación sucesoria futura a los cambios sobrevenidos que pueden ocurrir en la empresa familiar, en el causante o en la persona del sucesor. No se precisa dar publicidad a la revocación, y el otorgante puede disponer de sus bienes *inter vivos* del modo que quisiere. Además, puede otorgarse en forma ológrafa (art. 421-17 CCC), con lo cual los costes notariales también se ahorrarían. Supone, en definitiva, un ahorro de costes económicos mayor en relación con los otros dos negocios jurídicos a los que nos hemos referido: pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo y testamento mancomunado. El testamento, pues, se presenta como el negocio jurídico *mortis causa* más eficiente, ya que proporciona mayor utilidad a cambio de un menor coste, lo que es muestra de que la regulación jurídica del mismo es eficiente<sup>95</sup>.

Por otro lado, debe tenerse presente que tanto el testamento (mancomunado u ordinario) como el pacto sucesorio con institución de heredero o de atribución particular con carácter preventivo, por esa posible revocación, estimularán más y mejor al sucesor para que se involucre en la empresa familiar puesto que, en caso de no hacerlo, éste se arriesga a que el causante acabe revocando la institución realizada.

#### IV. LOS PACTOS SUCESORIOS DE ATRIBUCIÓN PARTICULAR, ¿NECESIDAD DE SU EXISTENCIA?

Otra de las novedades del Libro IV CCC es la figura de los pactos sucesorios de atribución particular a cuyo análisis ya hemos dedicado algunas líneas en un trabajo anterior<sup>96</sup>. Así, el legislador catalán ha diferenciado entre el pacto sucesorio de institución de heredero, sucesor a título universal, el tantas veces citado *heretament*, y el pacto sucesorio en el que se puede instituir a un sucesor a título particular, el sucesor en la atribución particular<sup>97</sup>. El pacto sucesorio de atribución particular viene a representar, tal y como

<sup>95</sup> En términos de flexibilidad del testamento frente al pacto sucesorio, *vid.* SALVADOR CODERCH, Pablo/LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentari a l'art. 411-3 CCC» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 70.

<sup>96</sup> *Vid.* nota núm. 5 de esta contribución.

<sup>97</sup> A nuestro modo de ver, caben pactos sucesorios de atribución particular de eficacia real y de eficacia obligatoria. Sólo los primeros implican que se instituya a un sucesor; en los segundos, en cambio, el instituido es un adquirente de un derecho de crédito (NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009).

explica el propio legislador, en el Preámbulo de Ley que aprobó el Libro IV, el equivalente en la sucesión contractual a los legados en la sucesión testamentaria<sup>98</sup>. De ahí que, el art. 431-30.5 CCC aplique a las atribuciones particulares las normas de los legados en la medida en que ello sea compatible con la naturaleza irrevocable del pacto sucesorio<sup>99</sup>, lo que no deja de tener sentido, puesto que el testamento o el codicilo en el que se puede establecer un legado, son por esencia revocables.

La pregunta que debe, entonces, hacerse es si realmente es necesaria esta categoría de pactos sucesorios y no hubiera sido suficiente con permitir otorgar legados en pacto sucesorio, máxime, si se tiene en cuenta que, en el derecho sucesorio catalán, habían sido posibles los legados cuando éstos se otorgaban en *heretament*; luego, conjuntamente con la institución de heredero. El art. 68 CS estatúa que, en un *heretament*, podían establecerse todo tipo de condiciones, limitaciones, substituciones, fideicomisos, reversiones, nombramiento de administradores y albaceas y confiar, en general, a otra persona cualquier clase de encargo o función con la misma amplitud que se puede hacer en un testamento. La enumeración de estipulaciones que hacía el precepto era a título de ejemplo<sup>100</sup> y, consiguientemente, también cabía otorgar legados siempre que, como se ha dicho, se hicieran conjuntamente con la institución de heredero. Muestra de ello era el art. 91.1 CS en virtud del cual, en caso de *heretaments* a favor de los hijos de los contrayentes, cuando aquéllos eran puros y prelativos, salvo pacto en contrario, el causante podía otorgar a sus hijos o descendientes no favorecidos un «legado» que no excediera la mitad de la cuota legitimaria.

Por su parte, los derechos autonómicos que regulan la figura admiten la existencia de legados en pactos sucesorios. Los pactos sucesorios en los que se otorgan legados, son conocidos en otros derechos autonómicos. En efecto, en el *derecho aragonés* se recoge la *sucesión paccionada*, en el título II, de la LASCN, en los

<sup>98</sup> En efecto, el Preámbulo IV de la Ley 10/2008 advierte que: «En aquesta línia de més obertura, s'han de destacar dos trets del nou sistema de successió contractual. D'una banda, pel que fa al contingut del títol successori, els pactes successoris no es limiten ja a la institució d'hereu o heretament, sinó que admeten també, conjuntament amb l'heretament o aïlladament, la realització d'atribucions particulars, equivalents als llegats en la successió testamentària».

<sup>99</sup> En nuestra opinión, el art. 431-30.5 CCC presenta una redacción deficiente ya que la irrevocabilidad no se refiere a la atribución patrimonial, sino al pacto en el que se contiene. En efecto, la atribución patrimonial, como el legado, *per se*, no es ni revocable ni irrevocable, lo que le hace adquirir ese carácter, revocable o irrevocable, es el negocio jurídico que le sirve de cauce (NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009).

<sup>100</sup> LÓPEZ BURNIOL, Juan José «Los heredamientos» en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, coord. por JOU I MIRABENT, Lluís, Barcelona, 1994, p. 337.

arts. 62 a 89, donde se regulan los pactos sucesorios sin diferenciar entre pactos sucesorios donde se instituya heredero y pactos sucesorios de atribución particular, atribución ésta que la LASCMI califica como legado. En el *derecho gallego*, la *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia*<sup>101</sup> regula en los arts. 209 a 227 los pactos sucesorios. Concretamente, regula los pactos sucesorios de mejora y los de apartación<sup>102</sup>. Los pactos sucesorios de mejora (art. 214 LDCG) son aquellos pactos que más se asemejan a los pactos sucesorios de atribución particular, por cuanto suponen la atribución de bienes concretos, si bien se diferencian en el sujeto beneficiado por ellos ya que, en el derecho gallego, debe ser necesariamente un descendiente y no, en cambio, como es posible en el derecho catalán, un tercero ajeno a la familia. En el *derecho vasco*, la sucesión paccionada se contempla en la *Ley 3/1992, de 1 de julio, de derecho civil foral del País Vasco*<sup>103</sup>: para Vizcaya, en los arts. 74 a 83 y, para Guipúzcoa, en los arts. 179 a 188. En ambos supuestos, caben los pactos sucesorios tanto a título universal como a título particular. En el *derecho balear*, también se conocen los pactos sucesorios, los cuales deben contener la institución de heredero, por lo que también son conocidos como *heretaments*. La regulación de los mismos aparece reflejada en los arts. 72 a 77 de la *Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares* aprobada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre<sup>104</sup>, normativa que se aplica a las islas de Ibiza y Formentera. Finalmente, en el *derecho navarro*, los pactos sucesorios se recogen en el *Fuero Nuevo* (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra)<sup>105</sup>, en sus Leyes 172 a 183 donde se permite que se otorguen pactos sucesorios tanto a título universal como particular. Se vislumbra pues que, a excepción del derecho balear, los otros ordenamientos jurídicos permiten la celebración de pactos sucesorios en los que se instituya heredero o sólo se hagan atribuciones a título particular, conjuntamente con dicha institución o de forma independiente y que a la atribución particular se la denomina legado. En este sentido, por un lado, si bien la nueva regulación de esta clase de pactos, en el derecho catalán, está en la línea de estos derechos, por otro lado, no se comprende el porqué se crea una categoría nueva y no se la denomina sencillamen-

<sup>101</sup> «BOE», núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

<sup>102</sup> BUSTOS LAGO, José Manuel, «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 519 ss.

<sup>103</sup> «BOPV», núm. 153, de 7 de agosto de 1992.

<sup>104</sup> «BOCAIB», núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

<sup>105</sup> «BOE», núms. 57 a 63, de 7 a 10 y 12 a 14 de marzo de 1973. Como es sabido, esta Ley fue modificada por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril («BON», núm. 41, de 6 de abril).

te legado; aunque se podría haber ido todavía más allá estableciendo una única regulación de los pactos sucesorios en los que se puede instituir heredero o legatario.

Además, los derechos extranjeros<sup>106</sup> que también contemplan la figura –derecho alemán [§ 2278 (2) BGB]<sup>107</sup> y suizo (art. 494.1 ZGB), fundamentalmente– admiten dicha posibilidad, esto es, el otorgamiento de legados en contrato sucesorio. *¿Por qué crear entonces una nueva figura jurídica?*<sup>108</sup> *¿por qué no llamarla por su nombre?* Que el legislador permita el otorgamiento de legados en pacto sucesorio en el que se instituye heredero, obliga a hacer una distinción que, aunque no todos los autores comparten<sup>109</sup>, consideramos que es posible hacer, cual es la distinción entre el negocio jurídico *inter vivos post mortem* que representa el pacto sucesorio y las diversas disposiciones que, en el mismo, pudieran contenerse. En este sentido, nos parece que, en la regulación que ha dado el legislador catalán, sería posible una triple acepción de pacto sucesorio: primero, pacto sucesorio en cuanto documento público en el que se contiene la declaración de voluntad o las declaraciones de voluntad; segundo, pacto sucesorio en cuanto negocio jurídico y, tercero, pacto sucesorio para referirse a cada una de las disposiciones que, en dicho negocio jurídico, se contienen<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Los países en los que el «contrato sucesorio» está admitido y regulado son los siguientes: *Alemania*, §§ 2274 a 2302 BGB; *Austria*, § 364c ABGB; *Dinamarca*, donde el 1 de enero de 2008 entró en vigor un nuevo Derecho de Sucesiones (*arvelov* – ARL), lo recoge en los arts. 41 a 47 ARL 2008; *Estonia*, §§ 90 a 103 de la Ley de sucesiones; *Hungría*, §§ 655 Ptk.; *Letonia*, arts. 639 ss. ZGB; *Liechtenstein*, §§ 602, 1253 ABGB; *Portugal*, arts. 1700 ss. CC; *Rumania*, arts. 802 ss. CC; *Suiza*, arts. 512 a 515 ZGB; *Turquía*, arts. 527 ss. ZGB; *Ucrania*, arts. 1302 ss. ZGB (Süss, Rembert, *Erbrecht in Europa*, 2ª. edic., Zerb Verlag, Angelbachtal, 2008, pp. 437 ss., pp. 486 ss., pp. 567 ss., pp. 960 ss., pp. 967 ss., pp. 1107, pp. 1239, pp. 1339 ss., pp. 1548-1549, pp. 1567-1568, pp. 1592-1593).

<sup>107</sup> FRANK, Rainer, *Erbrecht*, 4ª edic., Verlag C.H. Beck, Munich, 2007, p. 166.

<sup>108</sup> Se podría alegar para negar la posibilidad de otorgar legados en pacto sucesorio, el art. 431-7.1 CCC en el que se explicita que «no podrán otorgarse en pacto sucesorio disposiciones de última voluntad». Una disposición de última voluntad es siempre revocable, por eso, no cabe otorgarla en pacto sucesorio que es irrevocable. Y ¿cuál es la distinción de última voluntad revocable? Se responde: el legado (DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 311). Sin embargo, en la regulación de esta figura no se indica, en ningún precepto, que sea revocable o irrevocable, porque, como hemos indicado, el que lo es o no lo es, es el negocio jurídico del que se sirva el legado para otorgarse. Por tanto, la expresión del precepto, debe entenderse en el sentido de que la escritura pública de protocolo familiar no sirve para otorgar «testamentos», concretamente, el notarial (arts. 421-13 y 421-15 CCC), ni donaciones *mortis causa* (arts. 432-3.1 CCC en relación con art. 531-12 CCC). De todos modos, cabría realizar en pacto sucesorio la asignación de bienes y derechos en pago de la legítima (art. 431-22 CCC).

<sup>109</sup> *Vid.* a este respecto, mi comentario al art. 431-29 CCC en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1177. A favor de la distinción que se traza en el texto, *vid.* DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 310.

<sup>110</sup> *Vid.* nota a pie de página núm. 7 de este trabajo.

Nos parece necesaria una regulación unitaria del pacto sucesorio en general, sin diferenciar entre *heretament* y pacto sucesorio de atribución particular. Así, se evitaría la aplicación analógica de determinadas normas del primero al segundo<sup>111</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta que las modalidades de pacto sucesorio son las mismas, en uno y otro caso (arts. 431-19, -20, -21 y -29 CCC), y que el elemento familiar, ahora, no representa ningún principio cardinal del pacto sucesorio en el derecho catalán (Preámbulo IV Ley 10/2008: «...la successió contractual es deslliga del seu context matrimonial: si bé els pactes es poden continuar fent en capítols matrimonials, això ja no és un requisit essencial...»).

## V. CONCLUSIONES FINALES

La predicción de futuro, que se deduce de lo expuesto, es la escasa relevancia práctica que seguirán teniendo muy probablemente los pactos sucesorios. Sólo aquel pacto que haga que los costes sean mínimos, como pudiera ser el caso del pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo, podrá tener cierta relevancia, aunque no la que tiene y previsiblemente tendrá el testamento. La regulación jurídica de los pactos sucesorios no resulta, por tanto, y a pesar de las modificaciones llevadas a cabo por el legislador catalán, eficiente para regular la sucesión en la empresa familiar, si bien la misma conclusión podría resultar aplicable a otros supuestos en los que se pretenda regular la sucesión *mortis causa* mediante pactos sucesorios.

También debe concluirse que, a pesar de la preferencia e incluso la incompatibilidad de la sucesión vía pacto sucesorio respecto de la sucesión testamentaria, en la práctica, la norma del art. 431-23 CCC tendrá escasa, por no decir, nula aplicación práctica. Téngase en cuenta que, a tenor del art. 431-23.2 CCC, la excepción a esta regla es precisamente el *heretament* preventivo. La regulación jurídica que genera menos costes y que, por tanto, es la económicamente más eficiente es la regulación del testamento<sup>112</sup>, lo que se corresponde con las estadísticas ofrecidas<sup>113</sup> y con el comportamiento «racional» del ciudadano medio al que aluden los economistas.

<sup>111</sup> Se hace alusión explícita a esta cuestión en NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009.

<sup>112</sup> Téngase presente que una de las características de las últimas modificaciones legislativas en materia de testamento es la flexibilización (*softening*) de las formas testamentarias, lo que conlleva una mayor «eficiencia» del mismo frente a otros títulos sucesorios.

<sup>113</sup> *Vid.* epígrafe II de este trabajo.

Los pactos sucesorios no representan un obstáculo insalvable en la unificación del derecho de sucesiones en Europa, sobre todo, si se tiene en cuenta su escasa aplicación práctica. Como se conoce, en una distinción elemental, los países de tradición romano-germánica<sup>114</sup> admiten el contrato sucesorio (*Erbvertrag*), no así los de tradición romano-francesa<sup>115</sup>, aunque en estos últimos se han buscado figuras alternativas, como en Francia, la donación irrevocable o la institución contractual de heredero en capítulos matrimoniales<sup>116</sup>. En el derecho inglés, se alude a «*contract to leave a gift*» o «*contract not to revoke a will*»<sup>117</sup> como figura jurídica que puede llegar a tener efectos jurídicos similares al pacto sucesorio. Dicho con otras palabras, éstos no pueden impedir la unificación del derecho de sucesiones basada en la libertad de testar, que está reconocida por todos los ordenamientos jurídicos de nuestra área de influencia<sup>118</sup>. Quizá existan otros obstáculos a la misma. Los pactos sucesorios no deberían representar una barrera insalvable.

Finalmente, no sería descabellado replantearse la necesidad de los pactos sucesorios de atribución particular y de una regulación unitaria de éstos y de los *heretaments*, de suerte que existiera una única categoría, el pacto sucesorio, en el que se pudiera instituir heredero y legatario. La división de los pactos sucesorios debería haberse hecho en función de si los otorgantes son, a su vez, favorecidos con la institución o no. Esta distinción no queda clara en la regulación vigente del pacto de atribución particular. En efecto, existen normas con un pretendido carácter general cuando, de hecho, sólo pueden aplicarse, según el favorecido sea otorgante del pacto o no lo sea.

<sup>114</sup> Vid. nota a pie de página núm. 106.

<sup>115</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.), *Derecho privado europeo*, editorial Colex, Madrid, 2003, p. 1229; MARIUS J. DE WAAL, «A Comparative Overview» en KENNETH G. C. REID/ DE WAAL, Marius J./ZIMMERMANN, Reinhard, *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edimburgh Studies in Law, vol. 5, Edimburgh University Press, 2007, pp. 16-17; GRIMALDI, Michel, *Droit civil. Successions*, 6.ª edic., Litec, París, 2001, p. 356, núm. 356.

<sup>116</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités (JO, du 24 juin 2006). En la doctrina, vid. DELFOSSE, Alain/PENIGUEL, Jean-François, *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, París, 2006, pp. 260 ss.; PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el derecho francés», *RCDI*, núm. 170, 2005, pp. 2485-2500.

<sup>117</sup> ANDERSON, Miriam, «Una aproximación al derecho de sucesiones inglés», *ADC*, 2008, pp. 1262-1263; HIRAM, Hilary, «New Developments in UK Succession Law», vol. 10.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (diciembre, 2006), <http://www.ejcl.org/103/article103-7.pdf>; PINTENS, Walter, «Die Europäisierung», p. 644; PARRY & KERRIDGE, *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 12.ª edic, London, 2009, pp. 95-96, 6.01.

<sup>118</sup> VAN ERP, Sjeff, «New Developments in Succession Law», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, diciembre 2007, <http://www.ejcl.org>; DE WAAL, MARIUS J., «A Comparative Overview», pp. 16-17; VAQUER I ALOY, Antoni, «The Law of Successions», pp. 556 ss.; VERBEKE, Alain/LELEU, Yves-Henri, «Harmonization of the Law of Succession in Europe», en HARTKAMP, A. S./HESSELINK, M./HONDIUS, E. J./DU PERRON, (dir.), *Towards a European Civil Code*, ed. Kluwer, La Haya/London/Boston, 1994, pp. 335-350.

# La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual

**PILAR BENAVENTE MOREDA**  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*El objeto de este trabajo se dirige fundamentalmente a retratar el estado actual de la situación en relación con los supuestos de atribución de paternidad/maternidad y consiguiente determinación de la filiación de los hijos de matrimonios de personas del mismo sexo, o de parejas de hecho del mismo sexo. Las diferentes reformas legales que se han ido produciendo en los últimos años que afectan directa o indirectamente a las normas sobre filiación [Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (1988 y 2006), Ley modificativa del CC en materia de derecho a contraer matrimonio (2005), Ley de Adopción Internacional (2007), Ley reguladora de la rectificación registral en la mención relativa al sexo de las personas (2007)]; la diversidad normativa existente en el ámbito de las Comunidades Autónomas sobre la materia y la jurisprudencia, contradictoria y divergente en algunos casos con el contenido de las normas aplicables al caso, constituyen el hilo conductor de estas páginas. En ellas se trata de presentar, no sin cierta preocupación, la diversidad de supuestos, analizados caso a caso, y diversidad de soluciones a que se llega, fruto de la que se considera falta de conexión legislativa entre los diferentes textos legales aplicables, nacidos en momentos diferentes y para dar respuesta en origen a problemáticas sociales diferentes.*

## PALABRAS CLAVE

*Filiación. Matrimonios entre personas del mismo sexo. Parejas de hecho del mismo sexo. Reproducción asistida. Adopción.*

## ABSTRACT

*This paper tries to portray the condition of the situation in relation with the suppositions of attribution of paternity / maternity and consequent deter-*

*mination of the filiation for the children of marriages between persons of the same sex, or of unmarried couples of the same sex.*

*The different legal reforms that have been taking place in the last years that they affect directly or indirectly to the procedure on filiation [(Law of Assisted Reproductive Technologies (1988 and 2006) Law amending the CC on the right to marry (2005) , International Adoption Act (2007), Law on the correct registration in the indication of the gender of the people (2007)], the diverse existing regulation about this matter in the area of the Autonomous Communities and the contradictory and divergent jurisprudence in some cases with the content of the procedure applicable to the case, constitute the conductive thread of these pages. It is a question of presenting, not without certain worry, the diversity of suppositions, analyzed case to case, and the diversity of reached solutions, as consequence of that is considered to be lacking in legislative connection between the different legal applicable texts, born in different moments in order to give response in origin to different social problematics.*

### KEYWORDS

*Filiation. Marriages between persons of the same sex. Unmarried couples of the same sex. Assisted reproduction. Adoption.*

SUMARIO: I. *Planteamiento. Ámbito normativo.*—II. *Filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida. Matrimonio o pareja de hecho del mismo sexo.* 1. Una cuestión previa. ¿Es adecuado seguir hablando en tales supuestos de filiación por naturaleza? 2. Análisis de los supuestos a la luz de la normativa aplicable. 2.1 Matrimonio entre dos mujeres. 2.2 Matrimonio entre dos hombres. 2.3 Pareja de hecho entre dos mujeres. 2.4 Pareja de hecho entre dos hombres.—III. *Filiación por adopción. Adopción conjunta o sucesiva.* 1. Adopción por matrimonios del mismo sexo. 1.1 Adopción conjunta –simultánea–. 1.2 Adopción sucesiva o por un cónyuge del hijo del otro. 2. Adopción por parejas de hecho del mismo sexo. 2.1 Adopción conjunta. 2.2 Adopción sucesiva o por uno de los miembros de la pareja del hijo del otro.—IV. *Bibliografía.*

## I. PLANTEAMIENTO. ÁMBITO NORMATIVO

El objeto de este trabajo se dirige fundamentalmente a retratar el estado actual de la situación en relación con los supuestos de atribución de paternidad/maternidad y consiguiente determinación de la filiación de los hijos de matrimonios de personas del mismo sexo, o de parejas de hecho del mismo sexo.

Para ello nos moveremos entre los diferentes textos normativos que han ido regulando, prevén o afectan directa o indirectamente a la atribución o posible atribución de la paternidad y determinación de la filiación bien por naturaleza bien por adopción. Tomamos como

base la regulación del CC en materia de filiación (Tít. del Libro primero –arts.108 ss.– conforme a la redacción que le confirió la Ley 11/1981, de 13 de mayo, algunos de cuyos preceptos fueron derogados por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) y adopción (Tit.VII, Cap.V, secc. 2.<sup>a</sup> –arts.175 a 180–); la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la posterior Ley 14/2006, de 26 de mayo («BOE» del 27), modificada en lo que nos interesa –art. 7– por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. (RCL 2007/524. «BOE» de 16 de marzo).

Ha de tenerse en cuenta igualmente la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio («BOE» n.º 157, de 2 de julio) y la Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción Internacional («BOE» n.º 312, de 29 diciembre RCL 2007,2383).

La diversidad normativa, atinente a cuestiones diversas (matrimonio, filiación, adopción o rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), y con un origen temporal diverso, ha tratado de dar respuesta, desde un plano positivo, a situaciones en las que la realidad social, junto con los avances científicos, habían venido demandando soluciones no previstas legalmente. Pero al mismo tiempo, precisamente por regular cuestiones diversas, el legislador ha ido «parcheando» soluciones que a su vez abren nuevos interrogantes en materia de filiación.

Varios y complejos son los elementos que confieren relevancia y confusión a los problemas de determinación de la filiación que analizaremos, cuando los «moldes» de los que se parte no podían tener prevista, ni de lejos, una realidad como la que ahora abordamos. El uso de las técnicas de reproducción asistida y las posibilidades que las mismas ofrecen y la equiparación de matrimonios heterosexuales y homosexuales, constituyen una evidencia de lo que se indica.

Las normas específicas que regulan la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, las que se refieren a la atribución de la paternidad por vía de adopción y la necesaria coordinación entre todas ellas con las previsiones del CC reguladoras de la filiación, tras la admisión de los matrimonios de personas del mismo sexo forman un «rompecabezas» en el que no todas las piezas encajan adecuadamente. Por otro lado no debe olvidarse que, igualmente forma parte de dicho «rompecabezas» el amplio marco normativo existente en el ámbito de las Comunidades Autónomas que, al amparo del art. 149.1,8 CE, han venido legislando, antes, durante y después de cada una de las leyes que en el ámbito estatal

han acometido reformas con trascendencia directa en materia de filiación. Obviamente nos referimos, fundamentalmente a toda la legislación que en el ámbito autonómico se ha desarrollado para dar cobertura legal a la situación de las Parejas de Hecho.

Nos referimos por ello a cada una de las leyes citadas, a la finalidad perseguida en ellas y la problemática que de las mismas se ha derivado en relación con el tema que nos ocupa.

Ya la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida («BOE» n.º 282, de 24 de noviembre), puso de manifiesto en su Exposición de Motivos, la necesidad de adaptar los Códigos a la realidad científica que posibilitaba diferenciar entre la paternidad biológica y la jurídica. Se abre en tal momento pues, la necesidad de dar una respuesta jurídica a las nuevas situaciones que se posibilitan con el uso de las nuevas técnicas. De ello derivaba una necesaria regulación sobre las formas de determinación de la filiación en tales casos: maternidad biológica plena (gestación del hijo con el propio óvulo), y no plena o parcial (maternidad sólo de gestación), o sus óvulos (maternidad genética), pero no ambas.

La citada Exposición de Motivos se refiere ya a la paternidad/maternidad no sólo biológicas, sino legales, educacionales o de deseo, debiendo valorarse en tal sentido «cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo» pues, habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que pueden darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre las cuestiones determinadas no contempladas. Sin embargo en tal momento piénsese que ni por aproximación se planteaban problemas de doble paternidad o doble maternidad.

Por su parte, la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, responde a la necesidad de dar respuesta a una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que, con esta Ley, el legislador decidió remover. Se pretende con ello establecer un marco legal de realización personal, que permita que aquéllos que libremente adopten una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad. A ello trata de dar respuesta esta tan discutida Ley<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ap. II [«BOE» n.º 157, de 2 de julio (RCL 2005, 1407)]

En tal contexto, el legislador, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, abre para tales matrimonios, no sólo la admisión de derechos y prestaciones sociales, sino también la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción, posibilidad a la que se llega, tras una mera referencia en la Exposición de motivos de la Ley y con la modificación de los arts.175.4 y 178. 2 del CC.

Así, por lo que se refiere a la incidencia de la Ley 13/2005 en materia de adopción<sup>2</sup>, el modificado art. 175.4 posibilita la adopción simultánea por ambos cónyuges (con independencia de su sexo) y la adopción por uno sólo de los cónyuges (igualmente con independencia de su sexo) del hijo de su consorte, tras contraer matrimonio con éste. Por su parte, la modificación introducida en el art. 178.2, necesaria según el Dictamen emitido por el Consejo de Estado en diciembre de 2004 al Anteproyecto de ley de modificación del CC. en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> Sobre la incidencia de la Ley 13/2005 en materia de adopción *vid.* SOLÉ RESINA J. «Adopción y parejas homosexuales» en la obra dirigida por S. NAVAS NAVARRO «Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional». Reus 2006. pp. 209 ss.

<sup>3</sup> En el Dictamen, de 16 de diciembre de 2004, emitido por el Consejo de Estado al Anteproyecto de ley de modificación del CC en materia de derecho a contraer matrimonio [n.º Exp. 2628/2004 (Justicia)], se abogaba por una regulación específica y diferente de los matrimonios de personas del mismo sexo, al margen de la regulación tradicional del matrimonio en el CC, cuestión sobre la que no me pronunciaré aquí. Sin embargo sí deben tomarse en consideración los argumentos utilizados por el Consejo de Estado en relación con la forma en que en el Anteproyecto se regula la materia, de forma genérica y sin descender a la necesidad de reformar específicamente todas aquellas cuestiones que, consideradas como colaterales, deberían haber merecido un tratamiento específico para evitar los problemas de coherencia que, como veremos, se han puesto de manifiesto posteriormente. Así se señala que: «Frente a la posibilidad de “configurar un alambicado régimen jurídico” (informe sobre la necesidad y oportunidad de la proyectada norma) diferenciado de la regulación del matrimonio hoy vigente, se ha preferido reducir la reforma a ampliar los sujetos del matrimonio, sin modificar la multitud de disposiciones que lo disciplinan. Ello supone, como punto de partida, una doble opción. Por un lado, desde el punto de vista de la técnica normativa, se descarta una regulación especial y diferenciada del matrimonio homosexual, siquiera sea con remisiones más o menos amplias al régimen general del matrimonio (que tendría una mayor complejidad pero permitiría atender de manera específica a los problemas concretos que se plantean en relación con el nuevo modelo de pareja), inclinándose, por el contrario, por una integración global y general del nuevo modelo en el régimen matrimonial hoy vigente (por tanto, con una mayor sencillez en el plano de la creación normativa, pero con un cierto peligro de desatender problemas específicos del nuevo modelo, de producir efectos no deseados, o de diferir los problemas al momento de la aplicación de la norma...»

Precisamente, se apuntaban en el citado Dictamen los problemas que podrían derivarse con tal regulación uniforme y equiparadora en relación con las normas relativas a la determinación de la paternidad y a las presunciones en materia de filiación, establecidas en el CC para una realidad distinta a la que, el entonces Anteproyecto regulaba, abogando por «la conveniencia de una regulación específica y diferenciada en relación con el nuevo modelo de pareja». En relación con ello, se señalaba que, incluso los países que han llegado al más alto grado de equiparación, han establecido previsiones especiales en sede de filiación, que el Anteproyecto no abordaba.

En este sentido se señalaba que: «En todo caso, los distintos efectos requieren un examen particularizado, sea para concluir su directa aplicabilidad a las uniones homosexuales, sea para excluirla, o sea para modularla. Dicho en otros términos, la prudencia aconseja que

posibilita la adopción, por parte de un miembro de una pareja de hecho, del hijo del otro, progenitor del mismo (adopción sucesiva), al establecer que subsisten los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que corresponda, no sólo cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante (sea el matrimonio heterosexual u homosexual y por tanto referido al supuesto de adopción existiendo matrimonio entre progenitor y adoptante), sino también (pfo. 2.º) cuando «sólo uno de los progenitores haya sido determinado...», suprimiéndose la referencia a la necesidad de que el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor. Se introduce por tanto la posibilidad de que, existiendo una pareja de hecho homosexual, uno de los miembros de la citada unión, adopte al hijo del progenitor cuya filiación está determinada, conservando en tales casos igualmente la filiación respecto del progenitor determinado (filiación por naturaleza en un caso y por adopción en el otro)<sup>4</sup>.

la aplicación a las uniones homosexuales de los efectos del matrimonio derive de una voluntad expresa, consciente y particularizada del legislador, y que no aparezca como un efecto colateral de la integración en bloque del nuevo modelo de convivencia en el régimen matrimonial. Por otra parte, esa voluntad particularizada del legislador contribuiría a evitar efectos no deseados, a reducir la inseguridad jurídica que produciría una remisión en bloque a un régimen pensado para realidades diferentes y a no tener que esperar a que la jurisprudencia fuese aclarando las dudas que se suscitasen en cada punto. Los problemas que se plantean son evidentes en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, pero también pueden surgir en otros ámbitos (aspectos sucesorios, derechos reconocidos por normas internacionales o supranacionales, régimen económico-matrimonial, etc.).

A título de ejemplo, y sin entrar en cada uno de los efectos que el matrimonio produce, cabe mencionar los problemas que se plantean en materia de adopción (único efecto que específicamente menciona la exposición de motivos –junto a los derechos y prestaciones sociales en general– al referirse a la equiparación de los efectos).

Ahora bien, si el legislador estatal adopta finalmente la solución afirmativa, entiende el Consejo de Estado que debería hacerlo mediante una regulación *ad hoc*, modulando, en su caso, las normas que el Código Civil y otras leyes tienen establecidas partiendo de una realidad diferente. Ello no supone una restricción de los efectos del matrimonio en relación con los homosexuales (puesto que se les permitiría adoptar como pareja), sino, sencillamente, una regulación propia en función de la distinta realidad a que responde, con sus supuestos específicos, evitando efectos no deseados derivados de la integración y aplicación en bloque a que el Anteproyecto se orienta. A título de ejemplo de incoherencias que, *prima facie*, se producirían en esta materia –en perjuicio de parejas homosexuales–, y que podrían evitarse con una regulación diferenciada y orientada específicamente a la nueva realidad que se trata de regular, cabe citar el artículo 178.2.2 del Código Civil, cuya redacción no altera el Anteproyecto, o la disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987...»

<sup>4</sup> El art. 178.2 del CC regula los supuestos en los que, como excepción a la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, estos se mantienen. Antes de ser modificado por la Ley de 2005, esta posibilidad estaba prevista cuando el adoptado fuera hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido, y además cuando determinado legalmente uno sólo de los progenitores, el adoptante fuera persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto (el de la subsistencia del vínculo) hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o la madre cuyo vínculo haya de subsistir.

El precepto, cuya redacción tiene su origen con la reforma del CC en materia de adopción de 1987, introdujo en su pfo 2.º, la posibilidad de que uno de los miembros de una pareja de hecho heterosexual, adoptase al hijo del otro miembro de la pareja (puesto que la adopción del hijo del cónyuge estaba previsto en el apartado primero del citado precepto). Tal posibilidad, tal y como aparecía regulado en el citado pfo. 2, no requería, como apunta

Sin embargo, respecto de la adopción simultánea por parejas de hecho del mismo sexo, pese a instarlo así el Consejo de Estado en su dictamen de 2004, no se modificó la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley de adopción de 1987 que, refiriéndose exclusivamente a la «adopción simultánea» equiparó sólo las parejas de hecho «heterosexuales» al matrimonio, al objeto de atribuirles capacidad como adoptantes. ¿Implica ello que en las parejas de hecho del mismo sexo, uno de sus miembros puede adoptar al hijo natural del otro, pero que ambos no pueden adoptar simultáneamente a un menor? Esta parece ser la interpretación literal que se desprende de los citados textos legales<sup>5</sup>. Es decir, parece que conscientemente, el

---

DÍEZ PICAZO, convivencia entre el adoptante y el progenitor, aunque el precepto parece estar dictado para ese caso. (DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil IV –Derecho de Familia y Sucesiones. 8.<sup>a</sup> ed. 2001– p. 285). Guardaba por tanto lógica consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la citada Ley de 1987, en la que, en materia de adopción simultánea se asimilaban a las parejas casadas, como capaces de llevarla a cabo, las parejas de hecho heterosexuales, unidas de forma permanente en análoga relación de afectividad al matrimonio. Así pues, con la reforma de 1987, no sólo se permitió la adopción simultánea por las parejas de hecho heterosexual, sino la adopción, por parte de uno de los miembros de la pareja de hecho en relación con el hijo del otro.

<sup>5</sup> A esta situación concreta se refería V. CABEDO MALLOL, al señalar con lógica, que: «... una interpretación literal y sistemática del actual art. 175.4 CC y de la referida disposición adicional nos conduciría a la incoherencia de permitir la adopción simultánea a los matrimonios, tanto heterosexuales como homosexuales, y a las parejas de hecho heterosexuales. Claramente esta interpretación, al excluir a las parejas de hecho homosexuales, atentaría contra el principio de igualdad.

Piénsese que la susodicha disposición adicional fue redactada en un momento histórico concreto, en el que sólo era posible plantearse el supuesto de las parejas de hecho heterosexuales. Obviamente, en el contexto actual, en el que se permite la adopción simultánea de un menor por parte de un matrimonio homosexual, no tiene sentido restringir dicha posibilidad de adopción a las parejas de hecho heterosexual. *De lege ferenda*, el legislador debe proceder a dictar una nueva norma que sustituya a la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987 y que equipare, con relación a la adopción, a las parejas de hecho con los matrimonios, ya sean unos u otros heterosexuales u homosexuales.

Por último, resta por determinar si en el caso de una adopción sucesiva por parte de un hombre o una mujer, tratándose de parejas de hecho, es exigible la propuesta previa de la entidad pública. Entiendo que, siendo congruente con los razonamientos anteriores, debemos equiparar también los matrimonios y las parejas de hecho, ya sean unos u otros heterosexuales u homosexuales, a los efectos de no exigir dicha propuesta previa de la entidad pública en una adopción sucesiva...» (Marco Constitucional de la protección de menores. La Ley 2008, pp.146 ss.)

NANCLARES VALLE considera igualmente que hoy debe hacerse una interpretación sistemática de la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y por tanto debe admitirse la posibilidad de adopción simultánea por parejas de hecho homosexuales («Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza» –«BIB» 2008/575-Aranzadi civil n.º 7/2008, nota 27).

A una interpretación diferente llegó VALLÉS AMORES, M.L., que partiendo de la lectura del nuevo art. 175.4 CC, considera que tras la reforma operada en el CC por la Ley 13/2005, queda limitada la adopción conjunta o sucesiva exclusivamente a las personas casadas. Así señala que: «La nueva dicción del precepto reseñado imposibilita expresamente que las uniones de pareja puedan ser adoptantes simultánea o sucesivamente, puesto que se reserva la forma conjunta y sucesiva a los unidos en matrimonio... Las dudas suscitadas con la que ha sido –hasta este momento– actual regulación, y que han dado lugar a una jurisprudencia contradictoria (sobre la posibilidad de que, al amparo de la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley de Adopción de 1987, pudieran adoptar las uniones de parejas de carácter heterosexual conjuntamente, o un miembro de la pareja al hijo biológico o adoptado del otro sin necesidad de propuesta previa de la entidad

legislador obvió dar en 2005, un tratamiento uniforme a la adopción simultánea por parejas de hecho del mismo sexo frente a la llevada a cabo por matrimonios del mismo sexo.

Tal situación resulta cuanto menos curiosa, cuando ya, a nivel autonómico, se había legislado, no sin problemas, sobre esta materia, equiparando en este punto, en algunas de ellas a las parejas de hecho del mismo sexo con las parejas heterosexuales. Tal es el caso del art. 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables de Aragón no casadas («BOE» de 6 de abril), del art. 8 de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables («BOE» de 6 de septiembre), del art. 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo («BOPV» de 23 de mayo) de Parejas de Hecho del País Vasco<sup>6</sup>, el art. 11 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria («BOE» de 7 de junio)<sup>7</sup> y art. 115 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia Catalán (en la nueva redacción del mismo, dada por Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998 de uniones estables y de la Ley 40/1991 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña en materia de Adopción y Tutela («DOGC» 4366-19/4/2005).

pública...), a partir de este momento carecerán de sentido por la categórica prohibición que se prevé pueda regir...» (VALLÉS AMORES, M.L., «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción». Revista de Derecho de Familia n.º 28. j1/sept. 2005, pp.57 ss.)

<sup>6</sup> Ambas leyes autonómicas fueron objeto de sendos recursos ante el Tribunal Constitucional. La Ley Foral Navarra fue objeto de recurso de inconstitucionalidad (n.º 5297/2000), promovido por ochenta diputados del Grupo Parlamentario Popular. La Ley del País Vasco fue recurrida por el Abogado del Estado (recurso nº5174/2003), en nombre del Gobierno, consecuencia de lo cual, y en virtud de lo establecido en el art. 161.2 CE, se suspendió la vigencia del precepto de la misma impugnado (el citado art. 8). El segundo recurso no obstante fue retirado por el Abogado del Estado el 14 de octubre de 2004, al presentar su desistimiento en nombre del Presidente del Gobierno, consecuencia del cambio político producido en España en este momento tras las elecciones generales celebradas el 14 de marzo del mismo año. (Vid. sobre la incidencia de tales recursos CABEDO MALLOL, ob. cit. pp. 140 ss.). Sobre la Ley Foral Navarra vid. NANCLARES VALLE J, «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio «BIB» 2001/728. Aranzadi Civil 8/2001.

<sup>7</sup> El art. 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas de Aragón («BOA» de 6 de abril) permitió la adopción simultánea por parejas estables no casadas. Ciertamente en la citada Ley no se menciona, como en las de Navarra, País Vasco o Cantabria, que tal opción sea posible con independencia del sexo de sus integrantes, aunque en la exposición de motivos se alude a las parejas homosexuales sin discriminarlas frente a las heterosexuales. El art. 9 de la Ley Andaluza de Parejas de Hecho, Ley 5/2002, de 16 de diciembre («BOE» de 13 enero 2003), permitió a las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual, iniciar ante la Administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. Igualmente se permite el acogimiento simple o permanente por las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual en la Ley del Principado de Asturias, Ley 4/2002 de 23 de mayo, de Parejas Estables («BOPA» de 31 de mayo, «BOE» de 2 de julio) (art. 8), o en la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad de Extremadura (art. 8) («DOE» de 8 de abril, «BOE» de 9 de mayo).

Ha de resaltarse igualmente, no sin extrañeza, el diferente tratamiento que en esta materia se produce, ya con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, dependiendo de la normativa, estatal o autonómica aplicable (lo que evidentemente enturbia aún más si cabe el panorama). Así, ya hemos señalado como a nivel estatal se ha establecido una nueva regulación que en materia de adopción (con los matices señalados anteriormente), equipara el matrimonio heterosexual y homosexual permitiendo la adopción simultánea o sucesiva (art. 175.4 CC) por ambos cónyuges; permite al cónyuge (con independencia del sexo) la adopción del hijo de su consorte (art. 178.1 CC) y a la pareja de hecho (con independencia del sexo) adoptar a los hijos de su pareja progenitora (art. 178.2), pero no permite la adopción simultánea de parejas de hecho del mismo sexo (al menos bajo una interpretación literal de la normativa vigente, al no haberse modificado la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley de Adopción de 1987).

A nivel autonómico sin embargo, resulta llamativo como en algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia –«DOG» de 29 de junio, «BOE» de 11 de agosto–), en vigor con posterioridad a la Ley 3/2005, se mantiene un tratamiento distinto en materia de adopción, del que estableció la Ley estatal. Tal es el caso del art. 39 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, en el que, en relación con la subsistencia de vínculos –maternos o paternos– en caso de adopción individual, el precepto reproduce el contenido del derogado art. 178.2 del CC, permitiendo por tanto sólo la subsistencia de vínculos en relación con el progenitor legalmente determinado, cuando el adoptante sea persona de distinto sexo al del progenitor determinado. Sin embargo, en lo que se refiere a la posible adopción simultánea (art. 30 de la Ley gallega), se posibilita que ésta sea realizada por los miembros de una pareja de hecho en virtud de la equiparación de ésta a los matrimonios, prevista en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la citada Ley.

Igualmente hemos de traer a colación aquí la regulación que recientemente se ha dado en este punto, relativo a la adopción, en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña relativo a la persona y la familia («BOE» de 21 de agosto de 2010). Se permite la adopción simultánea de un menor por dos personas casadas (con independencia obviamente del sexo de los cónyuges) y de los miembros de una pareja estable (igualmente con independencia del sexo de sus miembros) –art. 235-30.2.<sup>2</sup>–. Se permite igualmente en el art. 235-32, la adopción de los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja

estable (siempre que la filiación no esté legalmente determinada respecto al otro progenitor, que éste haya muerto, esté privado de la patria potestad, esté sometido a causa de privación de la patria potestad o preste su asentimiento) y, en este caso, frente a lo que sigue manteniendo sin excepciones el CC en su art. 175, no es necesario que el adoptante sea mayor de veinticinco años [art. 235-30 1b)].

A la vista está que la falta de regulación específica en la Ley 13/2005 sobre determinados aspectos en materia de filiación, junto con el diferente tratamiento en los distintos textos legales, estatal y autonómicos, dibujan un panorama cuanto menos bastante discordante y contradictorio.

Puede pensarse que tal regulación no debía acometerse en una Ley que precisamente lo que regulaba era, exclusivamente, la equiparación del matrimonio heterosexual y homosexual y sus efectos colaterales, y no las situaciones de parejas de hecho<sup>8</sup>. Cuestión que si bien podría ser acertada o discutible como política legislativa, habría conducido a no modificar el art. 178.2 del CC en el que, como hemos visto, se recoge un supuesto de adopción no vinculado al matrimonio de los padres, sino, precisamente al de la adopción del hijo del otro miembro de la pareja de hecho.<sup>9</sup>

Por lo que se refiere a la incidencia de la citada Ley en materia de filiación por naturaleza, igualmente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, y sólo en ella, se hace mención al tema de la filiación cuando, tras mencionar la necesaria adaptación terminológica de los diferentes artículos que en el CC se refieren o traen causa del matrimonio, se indica que «..Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales». Es decir, se mantienen las normas sobre presunción de paternidad del marido de la madre, exclusivamente referidas, por cuestiones obvias, a los supuestos de matrimonio heterosexual.

<sup>8</sup> Así lo apuntó también VALLÉS AMORES, M.L., ob.cit. p.60.

<sup>9</sup> Véase como ejemplo más cercano en el tiempo, la modificación del art. 7 de la LTRA de 2006, del que tendremos ocasión de hablar más adelante, relativo al consentimiento de la cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida, como medio para atribuirle la maternidad matrimonial a aquélla, que se introduce en la disposición adicional 1.ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Causa la misma extrañeza ver incorporada una alteración de tal enjundia y trascendencia en materia de filiación, en una Ley como la señalada, que si se hubiera incorporado subrepticamente en la Ley General de Presupuestos del Estado.

Resulta obvio que la Ley 13/2005, literalmente hablando, se limita a modificar en el CC todos aquellos preceptos que, haciendo referencia al marido y la mujer, deben referirse ahora a los cónyuges, como si con ello y sólo con tal cambio terminológico, quedarán solucionados de un plumazo todos los aspectos que conscientemente se han considerado como «colaterales» derivados de la equiparación del matrimonio heterosexual y el de personas del mismo sexo. Pero resulta evidente (y de ello hablaremos en estas páginas), que tales «aspectos colaterales» (la filiación entre otros) habían de quedar altamente alterados como consecuencia de la citada equiparación y sin embargo no fueron abordados, como hubiera sido deseable, en tal momento.

Para hacer más complejo aún si cabe el panorama que describimos, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pese a ser objeto de debate, discusión<sup>10</sup> y aprobación con posterioridad a la vigencia de la Ley 13/2005 de la que venimos hablando<sup>11</sup>, obvió la totalidad de enmiendas presentadas a los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto, referidos a la determinación de la filiación, en las que se hacían evidentes y coherentes consideraciones sobre la equiparación entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales, en aquellos casos en los que la equiparación podía producirse, de forma que, en el caso de fecundación de mujer casada con otra mujer, con esperma de donante, no estaba prevista la atribución de la doble maternidad por vía del consentimiento de la cónyuge no fecundada, debiendo recurrir a ésta por vía de la adopción sucesiva prevista en el art. 175.4 CC, pero con las limitaciones de edad previstas en el art. 175.1 del mismo cuerpo legal<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Si bien el Proyecto de Ley 121/000039, de Técnicas de Reproducción Asistida, se presenta el 13 de mayo de 2005, cuando aún no se había aprobado la Ley 13/2005, aunque la misma ya estaba siendo objeto de debate, sin embargo las enmiendas presentadas al mismo aparecen publicadas en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 28 de septiembre de 2005, momento en que ya había entrado en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio.

A tal inobservancia hizo referencia ya en su momento CARRASCO PERERA cuando se presentó en el Congreso el Proyecto de Ley de regulación de la reproducción asistida, aludiendo a la ausencia de regulación de los supuestos de fecundación asistida de mujer casada con otra mujer, tanto en el art. 6.3 como en los arts. 11.5, 15.1 y 16.2 [«Reproducción Asistida». «BIB» 2005/1142. Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 674/2005 (Tribuna)].

<sup>11</sup> Así lo destaca TOMÁS MARTÍNEZ, G, al analizar las lagunas que quedaron en la redacción de la LTRA de 2006, precisamente en relación con la aplicación de la misma a matrimonios y parejas de hecho integradas por mujeres, señalando que causaba sorpresa tal ausencia de regulación si se tiene en cuenta que la norma entró en vigor algo más de un año después de la reforma operada por la Ley 13/2005, cuya aprobación se produjo estando ya, como hemos indicado, en fase parlamentaria la reforma de la LTRA. «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (Actualidad Civil n.º 7 –quinceña del 1 al 15 de abril 2010, pp. 748 ss. – La Ley 1796/2010).

<sup>12</sup> Numerosas son las enmiendas que, tanto en el Congreso como en el Senado solicitaron en su momento la sustitución de la referencia al marido o al varón en los arts. 6 a 8 del Proyecto, por la referencia al cónyuge o persona no casada que comparte la vida con la

Fue sin embargo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (RCL 2007/524), absolutamente ajena a la institución de la filiación, la que en una disposición adicional (1.<sup>a</sup>), añade (permítaseme, casi de tapadillo), un pfo. 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Asistida señalando que «Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido»<sup>13</sup>.

Obviamente cuando el legislador en 2006 acometió la reforma de la LTRA, ya vigente la Ley que equiparaba los matrimonios del

---

receptora de las técnicas de reproducción asistida, para no excluir la maternidad compartida entre dos mujeres, habida cuenta la equiparación ya producida entre los matrimonios heterosexuales y del mismo sexo. Las enmiendas n.º 22, (Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-IU-Iniciativa per Catalunya Verds), n.º 33 (ER) (Congreso), y n.º 13 (Entesa Catalana de Progrés-GPECP-) (Senado) proponían una redacción del art. 6.3 de la Ley en el sentido de sustituir la exigencia del consentimiento del marido, por la posibilidad de que la mujer casada pudiera solicitar el consentimiento de su cónyuge. Las enmiendas presentadas tenían doble justificación, por un lado se consideraba discriminatorio contra la mujer el tener que contar necesariamente con el consentimiento del marido, y por otro, en lo que nos afecta en este momento, al sustituir «marido» por «cónyuge» se guardaba coherencia precisamente con la Ley 13/2005.

De la misma forma las enmiendas n.º 23 (en el mismo sentido la n.º 15 en el Senado), 25 y 27 (en el mismo sentido la n.º 16 en el Senado), del mismo grupo parlamentario indicado anteriormente, iban dirigidas a modificar el texto de los arts. 8.1 y 2 y 11.5, con la misma finalidad de no excluir la maternidad de dos mujeres, proponiendo por tanto la sustitución de las referencias que en los citados preceptos se hacía al marido o varón no casado, por la mención al cónyuge o a persona no casada. En el mismo sentido que las anteriores las enmiendas n.º 38 y 39 (ERC) [«Boletín Oficial de las Cortes Generales» «Congreso de los Diputados» VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 28 de septiembre de 2005 n.º 39-8 y Serie II: Proyectos de Ley de 22 de marzo 2006, n.º 44 (c)] (Para un análisis más detallado del proceso de elaboración legislativa del art. 6.3 de la LTRA de 2006 *vid.* NANCLARES VALLE J, «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza» «BIB» 2008/578. Aranzadi Civil n.º 7/2008).

<sup>13</sup> El Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (121/000089, de 9 de junio de 2006 («BOCG» VIII Legislatura. Serie A-n.º 891), no contemplaba esta disposición adicional, que se introduce fruto de la enmienda n.º 41 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario IU-Iniciativa per Catalunya Verds (los mismos que presentarán en su momento las correspondientes enmiendas al Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en el mismo sentido que la que ahora se admite). La citada enmienda proponía un texto acorde con la propugnada igualdad y equiparación de matrimonios heterosexuales y homosexuales, proponiendo la atribución directa de la maternidad de la esposa, cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida: «..En el caso de los matrimonios entre mujeres, si una de las cónyuges se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida, la otra cónyuge pasará a tener la filiación directa del hijo biológico de su pareja, igualmente ésta tendrá los mismos derechos y obligaciones en lo que respecta al *nasciturus* al igual que una pareja heterosexual» («BOCG», Serie A, VIII Legislatura 10 de octubre de 2006 n.º 89-7).

Mientras que en el Informe de la Ponencia se desestimó la enmienda presentada, la Comisión de Justicia («BOCG», 22 de noviembre de 2006. n.º 89-9), aprobó el texto de la enmienda modificando su contenido, dándole la redacción que aparece actualmente como disposición adicional 1.º de la Ley, texto que se remite al Senado manteniendo su redacción hasta su contenido vigente.

mismo sexo a los heterosexuales, conscientemente, como hemos señalado anteriormente, desatendió aquellas enmiendas en que se instaba la equiparación de los matrimonios entre mujeres frente a los matrimonios heterosexuales manteniendo el contenido de preceptos como el 6.3 y 8.2 de la citada Ley, en el que tan sólo se otorgaba valor al consentimiento del marido de la usuaria, o al consentimiento del varón que comparte la vida con la usuaria. Tal omisión, se intenta solventar mediante una disposición adicional un año después, en una Ley absolutamente ajena al tema, destinada a regular problemas de rectificación registral relativas al sexo de las personas, añadiendo un nuevo despropósito a la situación creada, una nueva omisión, al excluir de tal regulación y de tal posibilidad (ya no sabemos si consciente o inconscientemente), a la mujer que comparte su vida con la usuaria de tales técnicas, sin existir matrimonio entre ellas, puesto que no se modifica ni altera el contenido del art. 8.2 de la LTRA relativo al consentimiento del varón no casado al uso de las técnicas de reproducción asistida de la mujer con la que comparte la vida <sup>14</sup>.

Así, cuando la Ley de 2005 desatiende las recomendaciones aludidas del Consejo de Estado, en cuanto a la necesaria modificación de la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley de 1987, pero no las relativas a la regulación del art. 178.2.2 del CC, podemos pensar que lo hizo conscientemente, para excluir de la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales, pese a que las heterosexuales pueden adoptar. Cuando la LTRA no modifica los artículos de la anterior Ley de 1988 relativos al consentimiento del marido o del varón que comparte la vida con la usuaria de las mismas, podemos entender, que no consideró oportuno equiparar a los matrimonios heterosexuales a los matrimonios entre dos mujeres, una de las cuales se somete a una gestación utilizando tales técnicas, para posteriormente, por la puerta trasera enmendar la situación con la disposición adicional a la Ley de 2007 que modifica el art. 7 de la LTRA

---

<sup>14</sup> Podría pensarse que en un tema de la trascendencia social y política como el que nos ocupa, la oportunidad de una Ley y la viabilidad de la misma, exijan políticamente, para conseguir su aprobación, no abordar la totalidad de «cuestiones colaterales» que ella arrastra. Es posible por ello pensar, que para conseguir la aprobación de la Ley 13/2005, que suponía un gran paso de gran complejidad social, no era «oportuno» poner encima de la mesa todas las cuestiones «colaterales» que jurídicamente se derivarían de ella en materia de filiación, igual que ocurrió en otro momento cuando se aprobó la Ley de Divorcio. Sirva lo dicho igualmente en relación con la LTRA de 2006. Pero también es previsible pensar, y el legislador ha de hacerlo, que cuando se modifica un texto legal con tantos «efectos colaterales», tales efectos y consecuencias han de estar presentes como piezas que forman parte del rompecabezas, siendo conscientes de que, tarde o temprano tiene que abordarse soluciones a los mismos. Y, posiblemente, la forma mejor de hacerlo no es precisamente a golpe de «caso concreto» y de reivindicación concreta, porque ello parece conducir a una legislación «en paralelo», donde quien legisla y estudia un proyecto de Ley concreto, no tiene presentes el resto de las piezas del rompecabezas.

de 2006. Pero cuando, en 2007, en la reiterada Ley, se introduce la señalada disposición adicional, no incluyendo en el supuesto el del consentimiento de la mujer que comparte la vida con la usuaria de tales técnicas ¿debemos entender que es porque considera que no cabe atribuir por esa vía la filiación en tales casos? ¿debemos entender que la sociedad aún no está madura para admitir tales situaciones o, debemos pensar que aún no se ha producido una reivindicación suficiente para modificar la Ley nuevamente de forma atropellada? Si ello es así, ¿quedan excluidas las parejas de hecho homosexuales, por un lado de la adopción conjunta (no así si son heterosexuales), y de la atribución de la filiación extramatrimonial por vía de reconocimiento, a la pareja de hecho –mujer– que comparte la vida con la usuaria de las mismas?

Resulta evidente que, con tal dispersión normativa, al mismo tiempo que se han venido otorgando soluciones a problemas concretos (a golpe de reivindicaciones puntuales de determinados colectivos dignos de atención), se han creado lagunas que bien pueden ser fruto de un descuido del legislador, frecuente cuando en los textos legales se introducen reformas por vía de disposiciones adicionales a otros textos normativos anteriores o bien de lo delicado de los temas que se abordan en los mismos. Esto último puede hacernos pensar que de alguna manera se intentan «parchear soluciones momentáneas» que abren la brecha a nuevas situaciones a las que no se había dado respuesta y que, fruto de una solución parcial a un problema real, exigen nuevas respuestas, acordes y meditadas en consonancia con el espíritu de las reformas legales que se van produciendo.

Para completar el panorama conviene hacer, aunque sea brevemente una referencia a otro tema «colateral» pero no por ello menos importante, vinculado con la cuestión que nos ocupa, al que ya se ha referido la doctrina en alguna ocasión como cuestión que no ha sido abordada legalmente: el del orden de los apellidos en los supuestos de doble maternidad legal. A ello se ha referido recientemente G. Tomás Martínez<sup>15</sup> para referirse precisamente a la con-

<sup>15</sup> TOMÁS MARTÍNEZ, G. «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (Actualidad Civil n.º 7, quincena del 1 al 15 de abril de 2010, p.748, T. I). La autora analiza en su artículo precisamente la contradicción que supone la diferente normativa aplicable en estos casos. Partiendo de la regulación prevista en el art. 109 del CC tras la reforma operada por Ley 40/1999, que permite a los padres (padre y madre), decidir de común acuerdo el orden de los apellidos de los hijos, llega a la regulación que al art. 53 LRC le otorga la disposición adicional 2.ª de la Ley 13/2005 de 1 de julio para atribuir a los hijos los apellidos de sus progenitores (sin distinción entre padre y madre), pero constatando que en la reforma que se produce en tal momento no se altera el contenido del art. 109 CC citado. Así, apunta con acierto que «...Esto es, se corrige la legislación registral que mantenía la preferencia masculina, y pasa a usar el término «progenitor» creando la apariencia de no dar prioridad alguna. Pero la reforma es neutra sólo formalmente porque en realidad no soluciona el problema, sino que más bien elude afrontarlo. De hecho, encontramos en el art. 194 del Reglamento del Registro el orden tradicional, que ha

tradicción existente entre el art. 109 CC y el art. 53 LRC, modificado éste último por la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 13/2005, de 1 de julio, conforme al cual, las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores.

El legislador, que no modificó el contenido del art. 109 con la reforma introducida por la Ley 13/2005, pero sí el art. 53, y sólo éste, de la LRC, nuevamente puede caer en una falta de coordinación legal, si no toma en consideración todas las reformas a las que venimos aludiendo en el que parece será el nuevo texto de la Ley de Registro Civil. Con fecha 8 de septiembre de 2010 se ha publicado el Proyecto de Ley de Registro Civil («BOCG» 8 de septiembre de 2010, IX Legislatura, n.º 90-1)<sup>16</sup>, en el que, aparte de no contenerse referencia alguna en contenido, a los reformados artículos de la LRC como conse-

---

sido confirmado después del año 2005 por la Dirección General de los Registros y del Notariado.....A la vista de esta regulación puede decirse que ninguna norma con rango de Ley establece en España cuál es el orden de los apellidos, solo está en sede reglamentaria y manteniendo la preferencia tradicional del apellido paterno, lo que puede plantear dudas de constitucionalidad por discriminatorio (art. 14 CE) y a la legalidad establecida en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...»

A nivel práctico se aborda directamente la cuestión sobre el orden de los apellidos en la RDGR de 17 de abril de 2008 (*La Ley*: 3713361/2008) en un supuesto, que analizaremos más adelante al referirnos a la doble maternidad matrimonial tras la Ley 3/2007, de 15 de marzo. La DGRN en este caso, admite el recurso interpuesto contra la denegación de inscripción de la «comaternidad» de una menor, hija biológica de una mujer, casada con otra con posterioridad al nacimiento de la niña. Al margen de la valoración de la resolución en cuanto se refiere a la determinación de la doble filiación materna por aplicación del art. 7.3 LTRA, se plantea precisamente la ausencia de solución legal de la cuestión registral relativa al orden de los apellidos en que se ha de practicar la inscripción, sobre todo en aquellos casos «no precisamente especulativos o académicos sino reales y vividos en la práctica registral, en que falta el mutuo acuerdo». Así se apunta que: «...La laguna legal existente en la materia ha de ser colmada mediante la determinación de los principios generales que rigen en la materia y la analogía respecto de las soluciones legales ofrecidas en temas próximos o conexos. Así desde este último punto de vista, ha de recordarse cómo, tras la reforma introducida en su redacción por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, el artículo 109 del Código civil permite que, si la filiación está determinada por ambas líneas, “el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley”, si bien tal libertad de elección sólo se dará respecto del mayor de los hijos comunes, ya que el orden de apellidos inscrito respecto de éste “regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo”. Esta prevalencia del mutuo acuerdo de los progenitores en la determinación del orden de los apellidos, en defecto de norma legal imperativa, e incluso dispositiva, o de criterio objetivo alguno supletorio, debe ser igualmente el que marque la pauta para dirimir esta cuestión. El único problema que deja sin resolver este criterio es el que se plantea en los supuestos, no precisamente especulativos o académicos sino reales y vividos en la práctica registral, en que falta el mutuo acuerdo. En estos casos se impone una actuación de oficio del encargado, a semejanza de lo que prescribe nuestro ordenamiento registral para los casos de nombres o apellidos impuestos con infracción de norma, en defecto de elección del peticionario o de su representante legal (cfr. art. 212 RRC), decisión de oficio en la que habrá de reconocerse amplia discrecionalidad a favor del encargado, y ello sin perjuicio de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión (cfr. art. 29 LRC)» (En el mismo sentido la R. de 24 de noviembre de 2008 (*La Ley*: 3768452/2008).

<sup>16</sup> En el momento de cerrar el presente trabajo el Proyecto de Ley se encuentra en el Congreso de los Diputados en plazo de ampliación de enmiendas («BOCG» Serie A, n.º 90-12, 1 de diciembre de 2010).

cuencia de la reforma por Ley 13/2005, ni por tanto a la forma de acceso al Registro de los consentimientos prestados por vía del art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, introduce un art. 49, que reproduce en esencia el contenido del art. 109 del CC, aludiendo a la determinación de los apellidos por el padre y la madre de común acuerdo, y olvidando u omitiendo conscientemente, como si nunca hubiera existido, los supuestos de doble maternidad<sup>17</sup>.

¿A qué obedece esa ausencia, o ignorancia tan significativa? Nuevamente creo que obedece, como he señalado a lo largo de las páginas anteriores a un hecho, creo que preocupante: la finalidad de la modificación legal en este punto obedece a motivaciones absolutamente ajenas a la materia que nos ocupa, basta con leer detenidamente la Exposición de Motivos del Proyecto para detectar que su finalidad es modernizar el Registro Civil, suprimir el tradicional sistema de secciones para crear el registro individual para cada persona a la que asignar el «código personal de ciudadanía». La palabra «modernizar» se repite constantemente y ella parece ser su finalidad<sup>18</sup>, desconociendo nuevamente, entiendo,

<sup>17</sup> Establece el art. 49.1 del Proyecto : «... La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de los apellidos.

El caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil determinará el orden de los apellidos según su orden alfabético...»

En línea con el análisis que venimos haciendo de las diferentes reformas legales, y una vez más, podemos encontrarnos con un texto legal en el que se ignore incluso en el debate, la repercusión que en esta Ley han de tener las reformas anteriores sobre filiación. Hemos de esperar que se aborden todas las cuestiones que a ello se refieren, confiando que el debate no se centre exclusivamente en aquello que únicamente ha tenido repercusión pública sobre el Proyecto de Ley: la determinación del orden de los apellidos por orden alfabético en caso de desacuerdo de los cónyuges (Información del 4 de noviembre de 2010 «El Mundo» <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/11/04/espana/1288864517.html>; «El País». [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/reforma/legal/termina/prevalencia/apellido/padre/elpepisoc/20101104elpepisoc\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/reforma/legal/termina/prevalencia/apellido/padre/elpepisoc/20101104elpepisoc_4/Tes)).

En ninguna de las informaciones transmitidas sobre el proyecto, en relación con el tema del orden de los apellidos se aborda, ni se tiene en cuenta, por ejemplo, que el texto del proyecto sigue hablando de la determinación de la filiación por «línea paterna y materna», cuando actualmente ambas líneas pueden ser «paternas» o «maternas», no sólo por aplicación de la LTRA, sino como consecuencia de la adopción de un menor. Esperemos que el legislador lo tenga en cuenta.

<sup>18</sup> Resulta llamativo en la Exposición de Motivos, la explicación que se otorga a la modificación que se introduce en materia de apellidos de los nacidos, al señalar que «... con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos...»

En cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial...» (Apartado V de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Registro Civil «BOCG», de 8 de septiembre de 2010, Serie A, n.º 90-1)

Llamativo resulta, como he señalado, porque, en primer lugar, la posibilidad de pactar el orden de los apellidos ya existía en el CC, tras la reforma del art. 109 CC. Pero llamativo resulta igualmente que se siga hablando como único elemento a alterar, en cuanto a aspectos sustantivos de la reforma, a los apellidos «paterno y materno» (como se refleja posteriormente en el art. 49 del Proyecto), para avanzar «en la igualdad de género», sin tener en

aspectos relevantes que, en materia de filiación deben tenerse en cuenta a la luz del goteo de reformas que, como hemos señalado, han ido produciéndose con diferentes finalidades pero todas ellas afectando al tema que nos ocupa.

Nuevamente podemos pensar que se está legislando «en paralelo» sin tener una visión global de todo el panorama «colateral» que con cada reforma se provoca, creando a su vez un efecto de caja de resonancia en una materia de trascendencia como la relativa a la filiación de las personas.

Parece haberse legislado para el caso concreto que en cada momento ha motivado cada reforma (fecundación asistida, igualdad de sexo, en el matrimonio, inscripción en el Registro del cambio de sexo, o modernización del Registro Civil), sin tener presentes en cada caso las alteraciones que en materia de filiación se producían con cada una de esas reformas. Esta es la clave y el hilo conductor de este trabajo: Analizar la diversidad de situaciones existentes en relación con la posible determinación de la filiación de hijos nacidos en el seno de matrimonios o parejas de hecho del mismo sexo y la respuesta legal y jurisprudencial existente a tal diversidad.

## **II. FILIACIÓN DERIVADA DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. MATRIMONIO O PAREJA DE HECHO DEL MISMO SEXO**

### **1 UNA CUESTIÓN PREVIA. ¿ES ADECUADO SEGUIR HABLANDO EN TALES SUPUESTOS DE FILIACIÓN POR NATURALEZA?**

Sabido es que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, hizo en el art. 7.1 una remisión expresa a las «normas vigentes», para regular la filiación de los nacidos con el uso de tales técnicas, a salvo de las especialidades contenidas en el capítulo III (básicamente las contenidas en los arts. 6 a 10).

Tal remisión implicaba necesariamente el sometimiento a lo dispuesto en los arts. 108 y ss. del CC, conforme a los cuales, y básicamente atendiendo al art. 108, tan sólo cabía la posibilidad de incardi-

---

cuenta algo más relevante como es que los progenitores ya no sólo pueden ser «padre y madre», sino que pueden ser dos madres o dos padres (ya sea en un caso filiación por naturaleza o filiación por adopción en ambos). Que la prensa no tenga en cuenta «este pequeño detalle» se puede justificar, que el legislador no lo haga, no.

nar este tipo de filiación dentro de la denominada «filiación por naturaleza», ya fuese matrimonial o no matrimonial. Y en tal sentido, en aquellos caso en los que el marido consintiese, por vía del art. 6.1 LTRA que su mujer fuese fecundada con espermia de un donante, o el varón no casado otorgase el mismo consentimiento (art. 6.4 ) a tal tipo de fecundación, en nada se alteraba el régimen legal de la filiación del hijo nacido, a los efectos de lo dispuesto en los arts.115 y ss. CC (determinación de la filiación matrimonial) o los arts.120 ss. CC (determinación de la filiación no matrimonial), al menos formalmente, puesto que ya el art. 7.2. LTRA (tanto en la redacción que le dio la Ley de 1988, como la que le otorga la de 2006) estableció que: «...En ningún caso la inscripción el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación».

Ya el legislador estaba creando entonces una ficción, apoyada fundamentalmente en el hecho de seguir aplicando la presunción de paternidad matrimonial del marido de la usuaria, ficción avalada por la exigencia del consentimiento del mismo al uso de tales técnicas (art. 6.1 LTRA), cuyo sentido fundamental es, como señaló con acierto Nanclares Valle, privar de la posibilidad impugnatoria a quienes lo emitieron, erigiéndose en una restricción legal al ejercicio de las acciones de filiación <sup>19</sup>.

No alteran tampoco los trámites y cauces previstos en la normativa civil y registral, las previsiones del art. 8.2 (tanto en la redacción que le otorgó la Ley de 1988, como la vigente de 2006), en cuanto al valor del consentimiento otorgado por el varón no casado al uso de las técnicas de reproducción asistida, a los efectos de que tal paternidad quede establecida por vía de reconocimiento <sup>20</sup>.

No obstante, es evidente que, tanto en la atribución de paternidad al marido de la usuaria, como al varón que comparte la vida con la misma, antes y ahora, se crea una ficción legal, en la medida

<sup>19</sup> NANCLARES VALLE, J. «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza» «BIB» 2008/678- Aranzadi Civil n.º 7/2008, p.11.

<sup>20</sup> Como ha señalado acertadamente NANCLARES VALLE: «...el consentimiento al que alude el artículo 8.2 LTRA para los casos de filiación no matrimonial funciona de modo totalmente diverso. Al no poder aplicarse la presunción de paternidad, por proceder ésta únicamente en caso de matrimonio de la pareja usuaria, la filiación materna se determinará por los cauces ordinarios (art. 120.4 CC), mientras que la filiación paterna exigirá el reconocimiento ulterior del padre. Queda claro, pues, que el consentimiento del varón no casado, único sujeto al que se refiere el precepto, no es por sí mismo un modo de determinación de la paternidad. Precisamente por este motivo la Ley no atribuye en estos casos al consentimiento una función negativa (privativa de la posibilidad de impugnar la filiación ya determinada) sino una función positiva, útil a efectos de determinar la filiación en caso de renuncia al reconocimiento voluntario. Es por ello que el art. 8.2 LTRA se conecta con la determinación de la paternidad por resolución recaída en expediente gubernativo (art. 120.2 CC y art. 49 LRC), dejando en último término abierta la puerta a la reclamación judicial de paternidad, que contará con el documento en el que se refleja el consentimiento citado, como fuerte elemento probatorio...» (ob. cit. p. 11)

en que ni uno ni otro son efectivamente los progenitores biológicos del hijo nacido con la fecundación asistida «con donante» y por tanto, en puridad, ya no podríamos hablar de una filiación por naturaleza «*stricto sensu*» respecto de ambos «progenitores». Pero es cierto igualmente que no se alteran, como hemos señalado, los criterios establecidos para determinar la paternidad en tales casos. Y es cierto igualmente que en tales casos, es el consentimiento de ambos el que determina y provoca la atribución de tal paternidad. Pero tal consentimiento encuentra un encaje, digamos «perfecto», en la atribución de tales paternidades por la vía de la «presunción de la paternidad» o por la vía del reconocimiento o el expediente gubernativo<sup>21</sup>.

Hasta ese momento el legislador podía «extender» el concepto de filiación por naturaleza a tales ficciones, puesto que en ambos casos, quienes no eran progenitores biológicos podrían haberlo sido, al ser varones, y a salvo la imposibilidad de impugnar la paternidad atribuida por vía de consentimiento (art. 8 LTRA), en nada desvirtuaba o desvirtúa la aplicación del resto de la normativa aplicable a los supuestos de filiación por naturaleza, máxime cuando, como se ha dicho, en ningún caso la inscripción registral reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

No obstante lo indicado, llegados a este punto, ya se había venido apuntando por la doctrina, la conveniencia de establecer una

---

<sup>21</sup> La Ley 35/1988, al abordar el tema de la filiación derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Asistida encabezó los arts. 7 a 10 bajo el epígrafe «los padres y los hijos», sin mención específica sobre el tipo de filiación que de su uso se derivaba. Si bien es cierto, como se ha dicho, que el art. 7 hacía remisión expresa a las normas generales sobre filiación en lo no regulado específicamente por los arts. 8 a 10.

Por su parte, en el Proyecto de Ley de 13 de mayo de 2005, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida («BOCG» 13 de mayo de 2005, VIII Legislatura, Serie A) mientras que el art. 7 aparecía bajo el título: «filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida», remitiéndose igualmente a las Leyes civiles, salvo las especificaciones de los arts. 8 a 10, el art. 8 aparecía bajo la rúbrica: «Filiación matrimonial», para referirse a los casos en los que la usuaria estuviera casada (pfo. 1.º), así como a aquellos en los que no existiese matrimonio pero sí pareja de hecho. El texto definitivamente aprobado en 2006 modifica el título del citado art. 8, que pasa a denominarse «determinación legal de la filiación», pero tal cambio no obedece a un debate sobre si se trata de una filiación por naturaleza o no, sino al hecho de que efectivamente el precepto abarca tanto los supuestos de filiación matrimonial como no matrimonial. Fue precisamente la enmienda n.º 37 de ERC la que instó la sustitución del enunciado «filiación matrimonial» por la más genérica «filiación», porque si bien el pfo. 1.º se refería a la filiación matrimonial, el 2.º abordaba la filiación no matrimonial y el 3.º la ausencia de relaciones paterno filiales con el donante de esperma. Igualmente la enmienda n.º 72 (Grupo Socialista), que es la que propuso la redacción que definitivamente lleva el título del art. 8, como enmienda de mejora.

No obstante, en ningún momento del debate parlamentario se debatió sobre la cuestión que ahora planteamos, relativa a la necesidad o no de alterar los criterios sobre determinación de la filiación con carácter general, al haberse introducido una evidente alteración no sólo en su forma de determinación, sino estrictamente en cuanto a la calificación de la misma respecto de los «progenitores» que pasan a serlo no por «naturaleza», sino por haber prestado su consentimiento.

nueva categoría en la determinación de la filiación que complementase la distinción tradicional (filiación por naturaleza y por adopción), para hablar de supuestos de filiación puramente civil o jurídica, para diferenciar los supuestos de filiación biológica y formal, apoyada fundamentalmente en el valor del consentimiento por encima del elemento puramente biológico<sup>22</sup>.

Mucho más problemático es seguir manteniendo hoy, como de filiación por naturaleza, como ya apuntó Nanclares Valle, los supuestos de atribución de la maternidad a la mujer casada con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida, como consecuencia de la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, en su disposición adicional 1.ª al introducir un pfo. 3.º en el art. 7 de la LTRA de 2006, al permitir que el consentimiento de aquélla ante el encargado del Registro Civil, pueda determinar a su favor la filiación respecto del nacido. El autor plantea precisamente sus dudas respecto de cuál pueda ser el título de atribución en tales casos, habida cuenta que los cauces previstos legalmente para la determinación legal de esa segunda maternidad no dan respuesta al supuesto. Por un lado no existe presunción legal alguna que resulte de posible aplicación, haciendo que la determinación legal de la filiación no pueda producirse *ex art.* 115 CC, al no bastar la conexión del nacimiento del hijo con el matrimonio. Por otro lado, apunta, al no mediar resolución judicial y no siendo posible determinar esa segunda maternidad por vía de los arts. 120.4 CC y 47 LRC, la determinación de la filiación respecto de la progenitora B y la subsiguiente inscripción, sólo pueden fundarse en el consentimiento previo al nacimiento<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Así lo apunta RAMS ALBESA, J. al señalar que en las procreaciones asistidas con donación de gametos se diseñan unas filiaciones puramente civiles en las que sus protagonistas desempeñan el rol de padre/madre e hijo y atienden a los intereses jurídicamente protegidos de igual modo que en las filiaciones biológicas. Son filiaciones, apunta, en las que se va separando la idea de la filiación jurídica de la procreación biológica (LACRUZ BERDEJO, J.L. «Elementos de Derecho Civil IV» 3.ª ed. 2008, p. 300). Igualmente GÓMEZ DE LA TORRE hablaba ya, a raíz de la LTRA de 1988 de la existencia de una disociación entre filiación biológica y formal (GÓMEZ DE LA TORRE, M.C. «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida» AC.1993-2. Ref.XVI y XVII pp. 289 ss. Por su parte RIVERO HERNANDEZ («La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial» La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium 1988, pp. 144 ss.) mantenía ya entonces que podía hablarse de una filiación (y paternidad o maternidad) civil, como opuesta a la filiación por naturaleza, planteando ya en ese momento las dificultades para seguir manteniendo las categorías tradicionales a las nuevas situaciones creadas.

<sup>23</sup> Analiza el autor con gran detalle las posibles vías de determinación legal de la segunda maternidad, partiendo de su falta de encaje en el art. 115 CC, ante la ausencia de un procedimiento judicial previsto al efecto y la imposibilidad de aplicar una presunción de segunda maternidad (que excluyó expresamente la Ley 13/2005, de 1 de julio, en su exposición de motivos por cuestiones obvias) (Ob cit. pp.10 ss.)

Dos cuestiones resultan obvias en relación con la determinación de la filiación en estos casos, por un lado la inexistencia de cauce legal previsto en las normas del CC a las que se remite la LTRA en materia de filiación. Por otro, la evidencia palmaria (que ya existía realmente en los supuestos de filiación paterna respecto del marido o pareja de hecho de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante) de que la segunda maternidad que se atribuye en el art. 7.3 LTRA no es ni puede ser biológica y por tanto por naturaleza. Y no sólo eso, sino que no sirven las normas que conforme al propio texto legal se remiten como aplicables en el art. 7.1 LTRA <sup>24</sup>.

Resulta interesante apuntar aquí la solución por la que ha optado el legislador catalán en la nueva regulación del Libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia, tras la Ley 25/2010, de 29 de julio («BOE» de 21 de agosto de 2010), que entrará en vigor desde el 1 de enero de 2011. En el mismo se sigue manteniendo el binomio filiación por naturaleza/filiación por adopción como únicas clases de filiación (art. 235-1), considerando como filiación por naturaleza la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida (se incluyen dentro de la sección 2.<sup>a</sup> –filiación por naturaleza– los supuestos de fecundación asistida de mujer casada (art. 235-8, pf.1.<sup>o</sup>)<sup>25</sup> y los de fecundación asistida de la mujer (art. 235-13, pfo.1.<sup>a</sup>)<sup>26</sup>.

El legislador catalán, pese a mantener la calificación de «filiación por naturaleza» en los supuestos señalados, incluye un nuevo cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida: el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art. 235.3)<sup>27</sup>, que se recoge con idéntico contenido para los supuestos de fecundación asistida de mujer casada o no, con independencia de si quien lo presta es el cónyuge (sea hombre o mujer), o la persona que comparte la

<sup>24</sup> La valoración realizada se extiende igualmente respecto de la calificación como filiación por naturaleza en el caso de la doble paternidad, a la que haremos referencia posteriormente, admitida en la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

<sup>25</sup> Art. 235-8 CC Catalán: «1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento...»

<sup>26</sup> Art. 235-13 CC Catalán: «1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público...»

<sup>27</sup> Establece el nuevo art. 235-3 CC Catalán: « La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre, puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

vida con la usuaria. Se trata en todo caso de consentimiento expreso, a la fecundación asistida de la usuaria, extendido en centro autorizado o en documento público. El hecho de prestar tal consentimiento atribuye en el primer caso la condición de hijo matrimonial del cónyuge que ha dado su consentimiento, y la de hijo no matrimonial al hombre o mujer que lo prestó, en el segundo caso<sup>28</sup>.

## 2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA APLICABLE

### 2.1 Matrimonio entre dos mujeres

1. Como se desprende del análisis de la normativa aplicable al supuesto (art. 7.3 LTRA tras la reforma operada en el precepto por Ley 3/2007, de 15 de marzo, en consonancia con las reglas civiles aplicables según el art. 7.1 LTRA), la filiación del hijo nacido de cualquiera de las cónyuges será una filiación matrimonial, y por tanto filiación por naturaleza, con todas las dudas que respecto de esta última calificación hemos manifestado (obviamente respecto de la maternidad por consentimiento, no biológica). Será así cuando la cónyuge no gestante hubiese manifestado ante el encargado del Registro del lugar del domicilio, su consentimiento a que cuan-

<sup>28</sup> Debe observarse el diferente tratamiento que se hace de los consentimientos en la legislación estatal y autonómica catalana. En la legislación catalana se especifica que se trata de un consentimiento previo a la fecundación asistida y que ha de prestarse en documento extendido en centro autorizado o en documento público. Ello basta para atribuir la paternidad/maternidad ya sea matrimonial o no matrimonial. Por su parte, la LTRA diferencia entre tres tipos de consentimiento; por un lado el que presta el marido de la usuaria (art. 6.3), que atribuye a la filiación la condición de matrimonial; por otro el que presta el varón no casado también con anterioridad a la utilización de las técnicas (art. 8.2), que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 LRC, tramitación del expediente gubernativo, pero que no supone necesariamente la atribución de la paternidad automáticamente; y, finalmente, el que presta la mujer casada con otra mujer, que no se trata de un consentimiento a la fecundación asistida, sino un consentimiento a que se atribuya a su favor la filiación respecto del nacido, manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal.

El mantenimiento en el ámbito estatal de los tres tipos de consentimiento debería ser tenido en cuenta cuando se apruebe definitivamente la Ley de Registro Civil, o en su caso modificado en los debates parlamentarios del Proyecto de Ley existente («BOCG» 7 de septiembre de 2010), habida cuenta de que, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos del mismo en cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial. Consecuente con tal afirmación, no existe precepto alguno en el Proyecto que discrimine entre el acceso al Registro de los supuestos de filiación matrimonial frente a la no matrimonial, lo que implica que, la remisión que hoy se hace al art. 49 LRC para determinar la filiación respecto del hijo nacido de usuaria no casada en el art. 8.2 LTRA quedará vacía de contenido, salvo que en trámite de enmiendas se fije alguna previsión para tales supuestos.

do nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> El valor que se confiere al consentimiento para atribuir la maternidad a la pareja de la madre biológica resultó decisivo en tres importantes resoluciones del Tribunal Supremo de California de 22 de agosto de 2005 (Elisa B v. Sup ct; KM v. EG y Kristine H v. Lisa R.), en las que se declara como madre legal de los hijos de su pareja a la mujer que convivía con la madre biológica de los mismos. En ellas, el elemento intencional resultó decisivo, la decisión de compartir el proyecto de engendrar a los hijos y de tutelarlos como propios.

Las tres sentencias, (analizadas con detalle por FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M. [«¿Madres? Pueden ser más de una» *InDret-Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com) 2005.] que partieron de la inexistencia de apoyo legal en el Código de Familia de California, se apoyan en la aplicación analógica de determinados preceptos del mismo relativos a la determinación de la filiación en parejas heterosexuales, atendiendo, como apuntan FARNÓS y GARRIGA, a la existencia de dos elementos clave: por un lado la existencia de voluntad previa a la concepción acerca de la filiación de los hijos que nacen de la reproducción asistida y, por otro, al dato de la convivencia con los hijos y el hecho de haberlos tratado como propios.

La primera de las sentencias –Elisa B v. Sup Ct– S125912, concluye que Elisa B y Emily B, pareja estable no registrada desde 1993, eran legalmente las madres de los gemelos de Emily. Ambas habían sido madres biológicas recurriendo a la fecundación asistida con espermia del mismo donante. Elisa tuvo una niña y Emily, al año siguiente, tuvo gemelos. El conflicto surge cuando tras la separación de ambas, Elisa, que había venido manteniendo económicamente a Emily y a los gemelos, dejó de pagar los alimentos de éstos, siendo demandada por Emily. Elisa negó su maternidad respecto de los mismos.

En la segunda Sentencia –KM v. EG S125643– se planteaba si podía declararse la maternidad de la mujer que donó óvulos a su pareja y que había renunciado a sus derechos de paternidad respecto de los hijos que nacieran de la fecundación de los mismos. Las gemelas, nacidas como consecuencia de la fecundación artificial, fueron registradas sólo como hijas de la madre gestante. Tras la separación de la pareja, la donante de los óvulos (KM), solicitó el reconocimiento legal de su maternidad. Frente a la posición de la Superior Court y la Court of Appeal, que desestimaron tal demanda, entendiendo que la donación de óvulos debería ser tratada como la donación de espermia, y por tanto no suponía atribución de maternidad al donante, la Corte Suprema entendió que el supuesto no debía decidirse en base a la norma que regula la donación de espermia porque la demandante no se limitó a donar sus óvulos, sino que los aportó para la inseminación de la mujer con la que convivía, en base a la existencia de un proyecto común de convivencia con los hijos en el hogar común.

La tercera sentencia –Kristine H v. Lisa R. S126945–, aborda el tema de si la madre biológica puede impugnar la maternidad de la mujer con la que convivía, que quedó determinada por voluntad de ambas antes del nacimiento. Tras la separación de ambas, la madre biológica impugnó la maternidad de su excompañera alegando que contravenía las Leyes del Estado. La Corte Suprema confirmó la legalidad de la declaración de maternidad, considerando que el procedimiento para su declaración había sido el adecuado y que conforme a la doctrina del «estoppel», Kristine no podía negar la validez de la declaración judicial de maternidad que ella promovió.

Al hilo de estas tres sentencias nos cuestionamos si las circunstancias descritas en las mismas encontrarían escenario y apoyo bajo la vigente legislación española sobre técnicas de reproducción asistida y la correspondiente normativa del CC aplicable en materia de filiación. El escenario que nos presentan las mismas constituye «un después» del que nuestro ordenamiento y realidad social nos presenta en los momentos actuales. Nos sitúa ante las posibles acciones de impugnación o reclamación de filiación una vez determinada la misma. Hablamos de un «después», porque en los momentos actuales, ante lo único que se ha situado el legislador y juez español, es ante la posibilidad o no de determinar una doble maternidad o paternidad, pero no ante lo que puede ocurrir en situaciones como las descritas en las sentencias del Tribunal Supremo de California citadas. Piénsese que el legislador español, tan sólo nos coloca en tal escenario cuando en el art. 8.1 LTRA alude a la imposibilidad, por parte de la mujer o el marido que prestaron su consentimiento a la fecundación con contribución de donante o donantes, de impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación, pero no ha previsto nada en absoluto respecto al ejercicio de posibles acciones de filiación–reclamación o impugnación (fundamentalmente), en los

De lo dicho se desprende que para que la filiación tenga el carácter de matrimonial, el consentimiento citado ha de prestarse antes del nacimiento y ante el encargado del Registro Civil. Ahora bien, nada se dice respecto del momento a partir del cual el mismo haya de prestarse y por tanto si la usuaria ha de estar casada necesariamente cuando se lleve a cabo la fecundación, porque lo decisivo según la norma, no es que se consienta por la cónyuge no usuaria que su cónyuge sea fecundada utilizando tales técnicas (como se exige en el art. 6.3 para la fecundación de mujer casada con varón, o como establecen los arts. 235-3 y 235-8 del CC Catalán con carácter general para cualquier tipo de matrimonio, en cuyo caso el matrimonio ha de ser necesariamente previo al uso de las mismas). Lo decisivo es que tal consentimiento se manifieste antes del nacimiento, salvo que se entienda que cuando el art. 7.3 señala que «cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho», debe entenderse que la misma ha de estar casada necesariamente en el momento en que es sometida a la fecundación asistida<sup>30</sup>.

casos de doble maternidad. En tales casos, difícilmente resultarán de aplicación las acciones típicas previstas en el CC y LEC, porque las mismas se refieren a la impugnación de la paternidad del marido, o las que prevén la impugnación de la maternidad nunca podrían ser aplicables a los supuestos de maternidad derivada del consentimiento.

<sup>30</sup> La vía de atribución de la filiación en este caso es diferente a la prevista para los matrimonios heterosexuales porque mientras en éstos, para que la filiación fuese matrimonial sería necesario prestar el consentimiento a la fecundación asistida, y por tanto el matrimonio ha de ser previo a la misma, en el segundo podría darse la situación de fecundación anterior al matrimonio, matrimonio posterior y consentimiento, igualmente posterior, a la atribución de la filiación, puesto que lo decisivo del precepto, el acento del mismo, se pone en que el consentimiento se preste antes de que nazca el hijo de su cónyuge, dando por supuesta la previa fecundación y concepción.

Desconocemos la razón que guió al legislador a dar una redacción al supuesto diferente a la prevista en el art. 6.3, pero es evidente que habría resultado menos complejo unificar los supuestos, tal y como ha hecho el legislador catalán en su reforma del CC, o al menos habría sido conveniente mantener, sea parcialmente, el contenido de la enmienda n.º 41 en el Congreso (IU-Iniciativa per Catalunya-Verds) («BOCG» Serie A VIII Legislatura, n.º 89-7, 10 de octubre de 2006), donde quedaba claro que el supuesto se aplicaba a los casos de fecundación asistida cuando la mujer ya está casada («...*En el caso de los matrimonios entre mujeres, si una de las cónyuges se ha sometido a las técnicas de reproducción asistida, la otra cónyuge pasará a tener...*»)

Podemos pensar que en el matrimonio entre mujeres, resulta decisivo para atribuir la doble maternidad, no sólo la existencia del consentimiento de la cónyuge, sino también el previo matrimonio entre ambas. El primero necesariamente debe producirse después de la fecundación, puesto que se ha de practicar ante el encargado del Registro Civil, como manifestación de voluntad de la futura madre frente al reconocimiento del *nasciturus* (*nasciturus* inexistente si la manifestación se produce antes de la fecundación, pues nada podría reflejar el Registro en tal caso al no existir en tal momento nada que inscribir) (diferente sería exigir tal consentimiento en documento público o ante centro acreditado, porque lo que se consentiría sería la fecundación). El segundo requisito (previo matrimonio entre ambas) debería tener que acreditarse en el momento de manifestar el consentimiento ante el encargado del Registro. Y no sólo eso, sino que el mismo existía con anterioridad a la fecha de la fecundación. Sin embargo nada de ello exige la compleja norma prevista en el art. 7.3 LTRA.

Justifica NANCLARES VALLE el diferente tratamiento de los consentimientos del cónyuge a la fecundación asistida de la mujer en los casos de matrimonio heterosexual (art. 6.3

No obstante lo anterior, la DGRN, atendiendo a la finalidad de la norma y teniendo en cuenta la aplicabilidad de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> del CC, ha considerado aplicable el criterio del citado art. 7.3 de la LTRA en aquellos casos en los que, producido el nacimiento del hijo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, no se pudo inscribir por tal motivo a favor de ambas cónyuges la doble maternidad, admitiendo por tanto el consentimiento de la cónyuge de la madre biológica con posterioridad al nacimiento del menor. Tal es el criterio mantenido por primera vez en la Resolución de 17 de abril de 2008, que consideró aplicable la norma citada a un supuesto en el que se había instado la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la hija biológica de una mujer, nacida con anterioridad al matrimonio de ésta con otra mujer, y antes de la entrada en vigor de la reforma del citado art. 7 LTRA, puesto que el expediente para la inscripción de la menor se inició el 23 de marzo de 2007, y la Ley 3/2007 entró en vigor el día 17 de marzo de 2007.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado considerando que al haber nacido la menor con anterioridad al matrimonio y ante la imposibilidad de estarse a una filiación por naturaleza, la única opción que quedaba para obtener la inscripción solicitada era acudir a un proceso de adopción. El Juez Encargado del Registro Civil mediante auto de fecha 9 de mayo de 2007 ordenó la inscripción fuera de plazo de la hija con sola filiación materna, considerando igualmente que para inscribir como progenitora a la cónyuge de la madre biológica, debería acudirse al procedimiento de adopción, referenciándose el matrimonio de ambas en la inscripción de nacimiento practicada.

La DGRN, tras justificar la postura tradicionalmente mantenida por el propio Centro Directivo en sus numerosas resoluciones anteriores, ante la inexistencia de una norma como la prevista en el art. 7.3 LTRA, considera inscri«bible» la «doble maternidad» al amparo del citado precepto, aun entendiendo que el supuesto al que

---

LTRA) y homosexual (art. 7.3 LTRA) en el hecho de que, mientras el primero se exige al marido por estar afectado por la presunción de paternidad, que no podrá impugnarse en caso de haber consentido la fecundación, el segundo, el de la esposa de la usuaria no tiene consecuencias en materia de filiación, al no existir presunción de paternidad en tales casos, y por ello no se exige con carácter previo al empleo de la técnica. («Reproducción asistida y doble maternidad» Aranzadi Civil n.º 7/2008 «bible» 2008/578).

TOMÁS MARTINEZ sin embargo entiende que la forma en que se exigen los consentimientos al marido de la usuaria o a la mujer de la misma, supone un trato diferente al cónyuge del sexo femenino respecto del sexo masculino con referencia a los hijos nacidos de la misma manera, es decir, utilizando técnicas de reproducción asistida con material genético ajeno al matrimonio («El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» Actualidad Civil n.º 7 –quincena del 1 al 15 de abril de 2010, pp. 748 ss., T. 1, La Ley 1796/2010)

el mismo alude no era precisamente el planteado ante la DGRN, señalando al respecto que «...En este caso, el auto que se impugna no se considera ajustado a la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, llevada a cabo por la Ley 3/2007, por lo que procede que sea revocado y estimado el recurso interpuesto, aún cuando, en este caso la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo, circunstancia ésta que no puede alterar la finalidad pretendida por la norma...»<sup>31</sup>.

Idéntica posición se mantiene en RR. de 14 de octubre de 2008<sup>32</sup> y 24 de noviembre de 2008 (La Ley: 3768452/2008).

Por otro lado, la manifestación del consentimiento previsto en el art. 7.3. LTRA, plantea una clara contradicción con lo previsto en el pfo. 2 del citado precepto. Si, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, resulta obvio que tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible, es precisamente cuando una de ellas haya utilizado las técnicas de reproducción asistida para ser fecundada.

2. ¿Que ocurre cuando la cónyuge no usuaria no consiente, o lo pretende hacer tras el nacimiento del hijo? Hemos de entender que en aquellos supuestos (fuera de los mencionados en el apartado anterior sobre los que ha resuelto la DGRN en los que el nacimiento se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007), en los que no se hubiese manifestado el consentimiento de la cónyuge de

<sup>31</sup> RDGRN de 17 abril de 2008 (La Ley: 3713361/2008).

<sup>32</sup> RDGRN de 14 de octubre de 2008 (La Ley: 3719351/2008) que señala:

«El auto objeto de impugnación deniega la inscripción de la menor..., como hija de ambas cónyuges porque se solicitó la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre con posterioridad al nacimiento. Dado que la menor nació el 11 de enero de 2006 y la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre sólo pudo solicitarse a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2007, cabe entender que el auto se ajusta a la literalidad del precepto tantas veces invocado sin atender a la finalidad pretendida por la norma ni tomar en consideración las disposiciones transitorias del Código civil.

En efecto, el auto que se impugna procede que sea revocado y estimado el recurso interpuesto, aun cuando la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo, circunstancia ésta que no puede alterar la finalidad pretendida por la norma, puesto que han de tomarse en consideración las orientaciones que se desprenden de las disposiciones transitorias del Código civil... Y en este sentido debe hacerse en esta materia aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce «*ex novo*» en nuestro ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada disposición transitoria primera... tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho –en este caso el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior...»

la mujer usuaria, antes del nacimiento del hijo<sup>33</sup>, la única forma de determinar la filiación a favor de aquélla sería *mediante la Adopción* que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 176.2, 2.ª CC, no requerirá la propuesta previa de la entidad pública, ni producirá la extinción de vínculos jurídicos con la familia biológica según se desprende del art. 178.2,1.º CC Sin embargo, requeriría, por aplicación de lo dispuesto en el art. 175.1 CC, que la cónyuge adoptante tuviera más de 25 años, exigencia que sin embargo no se requiere en el art. 235-30 1b) del CC Catalán (Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» de 21-8-2010).

3. ¿Qué filiación tendría el hijo nacido de una de las cónyuges con donación de óvulos de su cónyuge, fecundada con espermatozoides de donante?

<sup>33</sup> Coherente con sus planteamientos anteriores, la DGRN mantiene la inaplicación del art. 7.3. LTRA en los supuestos en los que no se presta el consentimiento de la cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida antes del nacimiento del hijo, cuando éste se ha producido tras la entrada en vigor de la Ley 3/2007 de 15 de marzo. Tal es la posición mantenida en R de 26 de noviembre de 2008 (La Ley: 3768483/2008) en un supuesto en el que se pretendía por las promotoras, unidas en matrimonio en agosto de 2007, que en la inscripción de nacimiento de las hijas de una de ellas, se rectificase la existencia de error relativo al estado civil de ésta, que no era soltera sino casada, y que se identificase a su cónyuge, «a los efectos de la patria potestad de las menores y de la designación de su apellido». Dichas hijas, nacidas ambas, el 4 de diciembre de 2007, fueron inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta. Por la Juez Encargada del Registro se dictó auto de 5 de marzo de 2008, por el que se estimaba parcialmente el recurso y se rectificaba el estado civil de la madre, pero se desestimaba la segunda de las peticiones de la promotora. Dicho auto, en la parte denegada, constituye el objeto del presente recurso.

No constando en el caso descrito la existencia de consentimiento anterior al nacimiento de las menores, la DGRN considera inaplicable el art. 7.3 LTRA: «...según resulta del precepto transcrito, la manifestación ha de hacerse antes de que nazca el hijo, y no hay constancia en el presente caso de que en el momento adecuado se formulase dicha manifestación, por lo que al ser inscritas las nacidas con la filiación de la madre biológica, no se produjo el error denunciado... Esta Dirección General en recientes resoluciones ha admitido la filiación de la cónyuge no gestante en supuestos en que el hijo había nacido antes de la entrada en vigor del artículo transcrito en el fundamento anterior y la manifestación mencionada se había hecho con posterioridad. Para ello se han tenido en cuenta las orientaciones que se desprenden de las disposiciones transitorias del Código civil, añadidas a su segunda edición para regular la transición entre éste y el Derecho anterior. Y, en ese sentido, se ha hecho una aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce «*ex novo*» en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho “tendrá efecto desde luego”, aunque el hecho –en los casos contemplados, el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior. Pero el presente caso es diferente puesto que el nacimiento se ha producido, no bajo la vigencia de la legislación anterior, sino estando vigente la norma actual y no hay razón para que la repetida manifestación sobre la filiación de la cónyuge no gestante, no se hubiese hecho con anterioridad al nacimiento. En consecuencia, la interesada sólo podrá obtener lo que ahora ha pretendido por la vía inadecuada de la rectificación de errores a través del instituto de la adopción...»

La respuesta ha de ser la misma que la señalada en el apartado anterior, si se cumplen las condiciones señaladas en el art. 7.3. LTRA. Lo decisivo para responder en tal sentido encuentra su respuesta en el hecho de que, por un lado la maternidad biológica corresponderá a la madre que pare al hijo (madre gestante), pero no a su cónyuge (madre genética donante del óvulo) criterio que se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 10.2 LTRA. La maternidad, en su caso, de la cónyuge de la usuaria, donante a su vez del óvulo fecundado con material genésico de donante, vendrá determinada por el consentimiento a la atribución de la filiación del nacido en su favor conforme prevé el citado art. 7.3, pero no por el hecho de haber donado sus óvulos para tal fecundación<sup>34</sup>.

Lo peculiar de este supuesto, que ni mucho menos resulta una ficción, sino una posibilidad admitida por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en 2008, se encuentra en la excepción que la misma otorga frente al carácter confidencial y anónimo frente a las usuarias, de la identidad del donante, sea de esperma o de óvulos, con la excepción, hasta ahora, de la donación de esperma por el marido o pareja de la usuaria para que la misma sea fecundada con él<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> El tema fue abordado, como hemos señalado anteriormente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de California, de 22 de agosto de 2005 (KM v. EG, S125643) *Vid.* Nota 29.

Como apuntan FARNÓS y GARRIGA, en este caso, para justificar la maternidad de quien aportó los óvulos a la fecundación, aun habiendo renunciado previamente a ella, el Tribunal Supremo no sólo atiende a la participación de ambas mujeres en la concepción y cuidado de los hijos, sino también al vínculo genético que une a la donante de óvulos con los hijos. (Ob. cit p. 3)

El razonamiento de la citada sentencia, hoy por hoy, en nuestro sistema legal no sería posible ni aplicable en cuanto a la última de las afirmaciones, teniendo en cuenta que queda descartada la existencia de vínculos legales entre el donante y los hijos nacidos de la fecundación artificial (art. 8.3 LTRA).

<sup>35</sup> El Dictamen de 4 de diciembre de 2008, de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, informó favorablemente a la admisión de la donación entre mujeres casadas, del óvulo de una de ellas para ser fecundado en la otra con esperma de donante, siendo por tanto una, la madre genética y la otra la madre gestante. La Comisión sugirió la necesidad de reformar la LTRA para permitir directamente esta posibilidad, teniendo en cuenta que, conforme a la misma, tanto la donación de óvulos como la de esperma ha de ser anónima y en este caso no sucede así.

El método, que se ha venido a denominar «ROPA» (Recepción de óvulos de la pareja) se trata del mismo tratamiento de fecundación in vitro con donante de óvulos anónima, sin embargo socialmente representa una revolución, hasta tal punto que no está exenta de controversia. Hay quien lo considera una donación de óvulos, y al no ser anónima, considera que está prohibida. Otros centros creen que en el momento que se equiparó el matrimonio homosexual al heterosexual, dejó de tratarse de una donación, sino que un miembro de la pareja comparte sus gametos con el otro, lo mismo que cuando en un proceso in vitro, el marido cede su esperma a su mujer. El informe en positivo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida ha abierto formalmente ésta posibilidad. Es un método especialmente indicado para aquellas parejas en las que una de ellas tiene problemas de fertilidad, pero desea quedarse embarazada. También lo utilizan parejas de mujeres que necesitan sentirse biológicamente madres las dos de la misma criatura, de manera que en el segundo embarazo intercambian los papeles, y quien fue donante se convierte en gestante.

El método descrito es básicamente una *fecundación in-vitro*: una mujer pone el óvulo y la otra, que llevará adelante la gestación, pone su útero. El único requisito es que deben haber formalizado su matrimonio. La que cede el óvulo, se somete durante quince días a un

## 2.2 Matrimonio entre dos hombres

Hoy por hoy, bajo el ámbito normativo actual no es posible, por razones obvias, acudir a la aplicación de la LTRA para atribuir una doble paternidad por naturaleza a dos hombres casados y por tanto proceder a la equiparación del matrimonio heterosexual con el matrimonio entre dos hombres a tales efectos<sup>36</sup>.

Sin embargo, la vía a la que se recurre en los momentos actuales para llegar a esa doble paternidad «por naturaleza» se encuentra, bajo una gran discusión y polémica social, legal y doctrinal, en el recurso a la denominada «gestación por sustitución», prohibida sin embargo expresamente en el art. 10 de la LTRA, que declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (pfo.1.º)<sup>37</sup>. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (pfo. 2.º), quedando a salvo no obstante la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (pfo. 3.º). El cauce legal por tanto, en estos momentos, para acceder a la doble paternidad queda restringido a la adopción.

Sin perjuicio de que al referirnos a la determinación de la paternidad por vía de adopción en estos casos analicemos cada uno de los supuestos ante los que nos sitúa la legislación vigente (adopción simultánea o sucesiva), conviene hacer aquí, en este momento, alguna breve reflexión sobre ello, para tratar de entender las razones que pueden guiar a que los matrimonios entre varones recurran

---

tratamiento de *estimulación ovárica*. Cuando los óvulos están maduros, se le extraen mediante una punción. La mujer gestante recibe a su vez un tratamiento hormonal para preparar su útero coincidiendo con el tratamiento de su esposa. Y llegado el día D, pasados tres días después de la punción, la futura gestante se somete a una transferencia de los embriones. (Vid. [www.reproduccionasistida.org](http://www.reproduccionasistida.org))

En relación con estos supuestos, no obstante, Tomás MARTÍNEZ, apunta, con lógica (de momento según mi opinión), que esto en estos momentos resulta irrelevante a efectos jurídicos, puesto que legalmente serán madres las dos, de prestar la segunda el consentimiento («El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil» AC n.º 7, abril 2010, pp.748 y ss., La Ley 1796/2010)

<sup>36</sup> Ello con independencia, claro está, de la posible atribución de la paternidad a un varón, casado o unido de hecho con una mujer fecundada con su esperma o con contribución de donante, utilizando para ello las Técnicas de Reproducción Asistida (supuestos previstos expresamente en la LTRA –arts. 6.3 y 8.2–). Pero estos supuestos, obviamente no son objeto de debate ni de discusión en nuestro trabajo.

<sup>37</sup> Señala QUIÑONES ESCÁMEZ que el art. 10 LTRHA es una Ley contractual de policía, pero que la nulidad del contrato no es de carácter absoluto ni entraña la consecuencia grave, para el *status filii*, de que no pueda reconocerse la filiación biológica paterna ante los tribunales. No estamos, afirma, ante una nulidad absoluta o ante una solución drástica del *fraus omnia corrumpit*, que dejaría a los menores huérfanos o apátridas (o extranjeros) («Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. –En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009–» InDret 2009, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 40).

a tales vías de atribución de filiación frente al recurso a la adopción. Una de las posibles razones que pueden justificar la elección de tal opción se encuentra quizá en el hecho de que si bien nuestra legislación nacional y autonómica no veta, sino que permite, (pese a los problemas puntuales que señalaremos más adelante), la posibilidad de adopción conjunta por dos varones casados, esta posibilidad se limita cuando se recurre a la Adopción Internacional, donde son numerosos los países que no sólo no permiten la adopción conjunta, sino que excluyen incluso la posible adopción individual por persona homosexual<sup>38</sup>. Ello evidentemente es un obstácu-

<sup>38</sup> Dentro de los países europeos la permisividad es cada vez mayor. Prueba de ello es que en los últimos años han aumentado el número de países que permiten la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo, casadas o bajo situación de unión de hecho o pareja estable. En Holanda, con la promulgación de la Ley de 21 de diciembre de 2000, se permite la adopción conjunta por parejas que lleven conviviendo tres años como mínimo, siendo posible igualmente adoptar al hijo de la pareja. En Dinamarca, desde 1999 la adopción únicamente estaba contemplada para los hijos de la pareja, pero en marzo de 2009 el parlamento aprobó la adopción conjunta, que se materializa en Ley en mayo de 2010. Bélgica, que fue el segundo Estado del mundo en regularizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2003, no permitió sin embargo la adopción por parte de estos matrimonios hasta 2006 (Ley de 18 de mayo de 2006). En 1996 Islandia fue el cuarto país del mundo que reguló las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo, a las que se les reconoció derechos similares al matrimonio. Estos derechos fueron ampliados en 2006 con el reconocimiento de la adopción conjunta para las parejas que lleven por lo menos cinco años de relación estable. Noruega aprobó el 11 de junio de 2008 la propuesta para otorgar los mismos derechos de bodas y adopciones a las parejas del mismo sexo que a las heterosexuales. En Suecia se aprobó en 1995 una ley de parejas del mismo género, que amplió en 2003 los derechos de estas parejas a la adopción. En Reino Unido se permiten las uniones de homosexuales desde 1 de enero de 2005, y la adopción desde 1 de agosto de 2006.

En algunos países, aunque se considera legal el matrimonio o la unión de hecho entre personas del mismo sexo, sin embargo no se permite la adopción por parte de los miembros de la pareja. Tal es el caso de Portugal donde se reconoce el matrimonio homosexual desde el 17 de mayo de 2010 pero se excluye el derecho a adoptar de Francia, que reconoce las Uniones Civiles o «Pactos de Solidaridad Civil» (PACS) desde 1999, pero no se menciona el derecho a la adopción conjunta; Eslovenia, donde se legalizaron las uniones civiles para parejas homosexuales el 22 de junio de 2006, pero se excluyen cualquier tipo de derechos relativos a la adopción; Suiza donde se reconoce la unión civil entre personas del mismo sexo desde el 1 de enero de 2007, pero no está permitida la adopción; Chequia, cuyo Parlamento aprobó el 15 de marzo del 2006 la Ley de unión civil entre personas del mismo sexo, permitiendo la adopción de los hijos biológicos de los contrayentes por parte de su cónyuge, pero prohíbe a las parejas del mismo sexo el acceso a la adopción de otros niños; Croacia, que permite uniones de hecho desde 2003, pero no permite la adopción o Hungría que permitiendo las uniones de hecho, sin registrar, desde 1996, y registradas desde enero de 2009, no permite tampoco la adopción.

Fuera del continente europeo, en la República Argentina permite la adopción por una persona, sin referencia alguna a la identidad o preferencia sexual del adoptante. Tras la modificación del Código Civil, el 15 de julio de 2010, se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios entre personas de distinto sexo. Igualmente en México, el 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la Ciudad de México, aprobó el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción. Israel por su parte se convirtió el 11 de febrero de 2008 en el primer país de Asia en autorizar la adopción homoparental. Los gays y lesbianas no sólo están autorizados a adoptar a los hijos biológicos de su compañero del mismo sexo, sino también a adoptar otros niños. La situación en Estados Unidos varía según los Estados, así en algunos, o está vetada al circunscribirse sólo a los

lo fundamental que impide en muchos casos que quienes, queriendo tener hijos comunes, no puedan tenerlos, ya que actualmente los supuestos de adopciones nacionales son mucho más limitados que las adopciones internacionales.

No obstante también se esgrime el derecho a «ser padres» en pie de igualdad, a la doble paternidad «matrimonial por naturaleza» con apoyo en la realidad creada por el propio legislador al permitir los supuestos de doble maternidad «por naturaleza», así como la larga duración de los procesos de adopción, cuestiones todas ellas discutibles y discutidas pero que han conducido a que la política de «hechos consumados» nos sitúe ante la realidad de hijos nacidos recurriendo a la «gestación por sustitución» y cuya filiación ha de determinarse sobre la base de una legislación permisiva a la que se recurre, frente a una legislación prohibitiva como la española<sup>39</sup>.

---

matrimonios, o está directamente proscrita, mientras que en otros, los tribunales permiten la adopción del compañero o cónyuge del progenitor biológico (Sobre el particular *vid.* NANCLARES VALLE, J., «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. «BIB» 2001/728-Aranzadi Civil 8/2001, pp. 5 ss.)

No obstante, pese a los avances en esta materia en la legislación europea, no ha ocurrido lo mismo en la legislación de aquellos países a los que más se suele recurrir para adoptar. No se reconoce ni dentro del continente africano (salvo el caso de Sudáfrica que permite la adopción por personas del mismo sexo desde 2002), ni en América Latina (Pese a la información transmitida sobre la permisividad en Uruguay, la Ley n.º 18590, de 18 de septiembre de 2009, que modifica a la Ley 17823 del Código de la Niñez y la Adolescencia, aunque introduce en su art. 139 la posibilidad de adopción por el cónyuge o concubino, del hijo del otro, no incluye los supuestos de parejas del mismo sexo. Prueba de ello es que con la modificación del art. 27.9 por la misma Ley anteriormente citada, al fijar el orden de los apellidos de los hijos en tales casos, se sigue manteniendo el binomio apellido paterno/materno) (<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoNinezYAdolescente2010-03.pdf>). En Colombia en 2009 se pronunció el Juzgado de lo Penal de circuito de Rionegro (Antioquía) otorgando a favor de la madre no biológica de un menor, el derecho a adoptar al hijo de su pareja. Cuestión que fue recurrida ante la Corte Constitucional por la Procuraduría General de la Nación el 18 de junio de 2010, que resolviera este caso en sentencia unificada de Tutela ([http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias\\_2010/noticias\\_423.htm](http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_423.htm))

Tampoco en Asia se permite la adopción por parejas del mismo sexo, salvo en Camboya y Filipinas. Incluso en China, uno de los países de más demanda de adopciones internacionales en España en los últimos años, se han endurecido los requisitos de idoneidad para la adopción desde mayo de 2007 por parte del Centro Chino de Adopciones (CCA), aunque la Ley General de Adopción de 1992 no ha cambiado, no permitiendo a los homosexuales la adopción (los adoptantes solteros han de presentar junto con la documentación requerida, certificado notarial de «heterosexualidad») ([http://www.abCEs/hemeroteca/historico-28-04-2007/abc/Sociedad/china-endurece-los-requisitos-para-la-adopcion-y-da-prioridad-a-los-matrimonios-heterosexuales\\_1632804180522.html](http://www.abCEs/hemeroteca/historico-28-04-2007/abc/Sociedad/china-endurece-los-requisitos-para-la-adopcion-y-da-prioridad-a-los-matrimonios-heterosexuales_1632804180522.html))

<sup>39</sup> La mayoría de los supuestos que han llegado a los Tribunales, a los que haremos referencia oportunamente tienen su origen en contratos de subrogación de maternidad llevados a cabo en estados como California, Ucrania o Rusia, donde, tanto la legislación como los tribunales permiten tal opción a los extranjeros no residentes sin limitaciones de ningún tipo y sin tomar en consideración si su legislación de origen permite o prohíbe el uso de tales prácticas.

Por un lado, como analiza detenidamente QUIÑONES ESCÁMEZ, A., («Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada –En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009–» InDret 2009, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 6), la maternidad subrogada en California encuentra su apoyo en el Código de Familia de California (California Family Code, sections 7630. 3 y 7650) y en el precedente de la Sentencia de la Corte

Lo cierto es que en los momentos actuales, el recurso a la paternidad subrogada aún no tiene una respuesta definitiva en nuestro ordenamiento, pese a la evidencia de su prohibición en la LTRA y cabe

---

Suprema de California *Johnson v. Calvert*, de 20 de mayo de 1993 (5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776) (En la misma da validez al contrato subrogación gestacional celebrado entre los «padres intencionales» y la madre de alquiler, para concebir un hijo genéticamente relacionado con la pareja. A la madre de alquiler se le implantó un cigoto, resultante de la fecundación in vitro de un óvulo de la esposa con esperma del marido. La madre de alquiler inicialmente renunció a su maternidad, que fue sin embargo demandada posteriormente por ella tras deteriorarse las relaciones con el matrimonio Calvert. Tanto El Tribunal de Primera Instancia, como la Corte de Apelación y el Tribunal Supremo de California consideraron la paternidad de los cónyuges Calvert, entendiendo que bajo la sección 7610 del Código de Familia Californiano, tanto la madre de alquiler como la esposa que aportó su óvulo a la fecundación, podrían ser consideradas como madres (una por haber dado a luz al menor, y la otra por la existencia de relación genética con el mismo). El Tribunal Supremo de California decidió que dos mujeres no podían tener derechos como madres naturales y decidió romper el empate en favor de los padres que ya, antes de la concepción tenían la intención de criar al niño y cuidarlo durante su minoría. Es el elemento intencional el que determina la maternidad. En suma, el tribunal *Johnson* decidió que las personas que entran en un acuerdo de subrogación gestacional con la intención de cuidar al niño durante su minoría resultante serán de los padres legales del niño.

La práctica resulta tan habitual y normal en California que existen agencias dedicadas a gestionar todo lo relacionado con la gestación por sustitución, programa de actuación, presentación de los perfiles de las donantes, sistema de financiación (los costes, con examen médico, honorarios de alquiler, documentación y procedimientos legales... pueden oscilar en torno a los 120.000\$/165.000\$ en algunos de los programas existentes. (Ej. Agencia Growing Generation: <http://www.growinggenerations.com/>. Agencia Conceive Abilities: <http://www.conceiveabilities.com/>).

La legislación rusa por su parte es una de las más liberales en el mundo en lo que se refiere a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia (art. 51, cláusula 4) y los fundamentos de la legislación rusa sobre protección de la salud de la ciudadanía. La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden n.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia. Conforme a la Ley Básica n.º 5487-1 «Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia», de 22 de junio de 1993, se permite que cualquier mujer pueda ser sometida a una fecundación in vitro o una implantación del embrión y hacerse madre subrogada o reproductiva, previo consentimiento de ella y de su marido (si está casada). No todas las mujeres pueden ser madres de alquiler. El anexo n.º 1 a la Orden ministerial citada establece que: «Podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes: Tener una edad de entre 20 y 35 años; Tener un hijo propio sano; Tener una buena salud psíquica y somática».

Tal y como se ha indicado, la maternidad subrogada, prevista en el art. 51.4 del Código de Familia Ruso, permite que las personas casadas, que han consentido por escrito la inseminación en otra mujer, serán considerados como padres tan sólo constando el consentimiento de la madre subrogada, no siendo necesario para ello ni adopción del menor ni resolución judicial. Tampoco constará en el certificado de nacimiento en tal caso el nombre de la madre, no siendo necesario, como ocurre en UK o Ucrania, esperar la «parental order». Análogos derechos se confieren a las parejas homosexuales, casadas o no, y personas solteras, a las que se aplica por analogía (art. 5 Código de Familia Ruso). Para ello se necesita decisión judicial (Por Sentencia de 5 de agosto de 2009, la Corte de St. Petersburg, reconoció tal derecho a una madre soltera). Por su parte, la sentencia de 3 de noviembre de 2009, de la Corte de Distrito de Moscú, adoptó el mismo criterio en un caso similar. En sentencia de 4 de agosto de 2010 la Corte de Moscú reconoce el derecho a la paternidad subrogada de un hombre soltero sin constar los datos correspondientes de la madre (K.N. Svitnev. (Rosjurisconsulting Reproductive Law et Ethics Researchs Center. Moscow, Russian Federation «Surrogacy and its legal regulation in Russia». (5.ª Congreso mundial de la Asociación de Medicina Reproductiva 10-13 de octubre de 2010 Moscú) ([www.rbmonline.com](http://www.rbmonline.com)) (vid. <http://www.jurconsult.ru/es/news/>) y (<http://www.surrogacy.ru/es/>).

decir, no sin gran preocupación, que las soluciones que sobre el particular se están adoptando más parecen responder a una suerte de legislación *ad hoc* para «el caso concreto» que a una forma de legislar pausada y meditada en consonancia con la trascendencia que requiere legislar en materia de filiación por un lado, y coordinar lo que se legisla con el resto de la normativa sobre la materia aplicable al caso.

Obligada es la referencia aquí a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ/2009/1735) y a las consecuencias que de la misma se han derivado, en la que se resuelve por primera vez sobre la solicitud de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, de inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos), en octubre de 2008, mediante «gestación por sustitución».

El Encargado del Registro Civil Consular, denegó lo solicitado por los interesados, con apoyo en la prohibición de la denominada «gestación de sustitución» (art. 10 LTRA). Los padres interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN admitió el recurso y aceptó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, por aplicación del art. 81 RRC, considerando que se trataba de la inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido, y en tal caso el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro, lo que excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y por tanto a la inaplicación de la prohibición prevista en el art. 10 LTRA<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> La DGRN considera que son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación. Con arreglo al citado precepto el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Las certificaciones registrales extranjeras deben superar un «control de legalidad», pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española.

Por otro lado, la DGRN consideró, y este es quizá el tema más polémico de lo planteado en la misma, que la certificación registral californiana, no vulnera el orden público internacional, ni lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española, ni daña los intereses generales, ni perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de aquélla<sup>41</sup>.

Igualmente se afirma que la actuación de los cónyuges, al pretender la inscripción en el Registro de los menores, no implica una actuación en fraude de Ley (art. 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del mismo cuerpo legal). Los interesados no han utilizado, según la DGRN, una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio

---

(Un análisis completo y detallado de la misma lo realiza A. QUIÑONES ESCÁMEZ «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». Revista InDret. Julio 2009. [www.indret.com](http://www.indret.com) )

<sup>41</sup> Se apoya para mantener tal postura en afirmaciones, a mi juicio bastante discutibles, desde un punto de vista de estricta legalidad, dada la existencia de una norma clara y precisa que prohíbe la subrogación de la maternidad. Los argumentos son los siguientes:

1. La admisión en Derecho español de la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 CE). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

2. La admisión en Derecho español de que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 LTRA). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 CE.

3. El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil, lo que vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

4. El «interés superior del menor» al que alude el antes citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una «identidad única», como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE 2 de octubre de 2003 (TJCE 2003, 314), caso García Avello, STJUE 14 de octubre de 2008 (TJCE 2008, 235), caso Grunkin-Paul]. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales.

5. En el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado art. 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

artificial de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California<sup>42</sup>. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Fórum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*.

La tan discutida Resolución fue recurrida en su momento por la Fiscalía, habiéndose resuelto recientemente sobre el recurso por SJPI n.º 15 de Valencia de 17 de septiembre de 2010 (n.º 193/2010)<sup>43</sup>. La sentencia estima el recurso presentado y anula la inscripción de la doble paternidad en el Registro Civil, sobre la base de la prohibición en la Ley española del embarazo por sustitución, considerando que el sistema jurídico español dispone de instrumentos para conseguir por otras vías la satisfacción de los intereses de los menores.

Acertadamente, entendemos, en términos de estricta legalidad, el JPI argumenta que la inscripción en el Registro de la certificación de nacimiento extranjera por vía del art. 81 RRC, ha de aplicarse en consonancia con lo dispuesto en el art. 23 LRC, de mayor valor normativo que el texto reglamentario, conforme al cual, para practicar la inscripción del nacimiento sin previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, es necesario, por un lado, que se compruebe la realidad del hecho inscrito, y por otro, la legalidad conforme a la Ley española. El Juzga-

<sup>42</sup> Estudia con gran detalle QUIÑONES ESCÁMEZ la existencia o no de fraude de ley en el supuesto, considerando que en el caso, la DGRN lo acota a los supuestos que en la normativa se entienden estrictamente por fraude de Ley en los conflictos de Leyes (art. 12.4 CC). Sin embargo, apunta: «...La maternidad subrogada puede servir de banco de pruebas al “fraude al conflicto de calificaciones”, y por tanto, a la norma de conflicto... En la maternidad subrogada el contrato absorbe (oculta) la pretensión de la filiación, deslocalizando tal cuestión o internacionalizando la situación jurídica para atraer la competencia de los tribunales y el derecho aplicable al país donde se celebra el contrato y la práctica médica a realizar.

El juez extranjero se pronuncia (en base a su Ley) sobre la filiación de unos futuros hijos de españoles residentes, antes incluso de su nacimiento, no teniendo su competencia origen más que en la voluntad de las partes (contrato) en una materia (la filiación y el estado civil de los menores) que no es de la libre disposición de las mismas. El contrato de gestación por sustitución permite un “fraude al conflicto de calificaciones”; y, por ende, a la norma de conflicto...» (Ob.cit. pp. 29 ss. y 39).

<sup>43</sup> A favor del pronunciamiento de la citada sentencia se ha manifestado J.R. DE VERDA Y BEAMONTE. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)» Diario «La Ley» n.º 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010. La Ley 13471/2001

do de Primera Instancia en tal caso, considera que se incumplen ambos requisitos: El primero, porque es materialmente imposible que los nacidos sean «hijos biológicos» de ambos cónyuges varones; el segundo porque la Ley Española, la LTRA de 2006, prohíbe expresamente la gestación por sustitución.

El último instrumento con el que contamos en este momento en relación con el problema de la doble paternidad (que obviamente afecta no sólo al caso concreto sino a todos aquellos en los que como matrimonio homosexual, heterosexual, o individualmente se recurra a la maternidad/paternidad a través de la «gestación por sustitución», y en tal clave ha de ser entendido el problema) se encuentra en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 («BOE» de 7 octubre) sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada con la finalidad de «establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida».

Conforme a la citada Instrucción, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución debe existir una previa resolución judicial, dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1).

Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*, según el procedimiento contemplado en la LEC 1881. Par inscribir el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* (Directriz primera 2).

No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3).

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica, relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (Directriz segunda)<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Apunta P. DE MIGUEL ASENSIO, analizando la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre citada, que con la exigencia de resolución judicial previa y aplicación del reconocimiento de decisiones se permite en principio superar ciertas carencias de la RDGRN de 18 de febrero de 2009, donde se hacía inscri«bib»le la certificación registral extranjera, que la resolución consideraba decisión adoptada por «autoridad extranjera en cuya virtud

Llegados a este punto, y teniendo presentes los argumentos utilizados por la DGRN en su resolución de 2009, así como los utilizados por el Juzgado de Primera Instancia que se apoya básicamente en la necesaria aplicación del art. 23 LRC, podría discutirse, aunque no sea este el momento, sobre la virtual aplicación de las directrices que conforme a la Instrucción de la DGRN, de 5 octubre 2010 han de utilizarse para la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. ¿Puede una Instrucción exigir más, menos o diferente que lo que exige una Ley, como es la aún vigente Ley de Registro Civil? ¿Si el art. 23 LRC permite inscribir, sin necesidad de previo expediente, las certificaciones de asientos extendidos en el extranjero, puede una instrucción, con rango jerárquico inferior al de la Ley, exigir resolución judicial de Tribunal competente cuando la Ley no lo exige?<sup>45</sup>

Sinceramente, creo que no, salvo, claro está, si de lo que se trata es de aplicar lo dispuesto en el art. 10.3 LTRA, para que quede determinada la filiación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de paternidad, que lógicamente supone la existencia de una resolución judicial que así lo determine. Pero ello en modo alguno afectaría o podría afectar al otro cónyuge (sea hombre o mujer) cuya paternidad o maternidad no podrían

---

se constata el nacimiento y la filiación del nacido». Aparte de resultar cuestionable la equiparación que se hacía entre certificación registral y resolución judicial extranjera, resultaba llamativo, apunta, que la resolución de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento de decisiones.

Según la exposición de motivos de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, el fundamento de la previa resolución judicial a que alude la Instrucción de la DGRN, resulta de la exigencia de lo dispuesto en el art. 10.3 LTRA que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución. Pero, apunta DE MIGUEL, que en todo caso «...si este es el fundamento cabe cuestionar si los efectos que puede producir en España la resolución extranjera pueden ir más allá de la determinación de la filiación paterna, habida cuenta de que la filiación materna viene en todo caso determinada por el parto...» (Publicado el viernes 8 de octubre de 2010 (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>)).

J. R. DE VERDA BEAMONTE, tras analizar cada una de las directrices de la Instrucción de la DGRN, considera que la misma está prestando cobertura administrativa a un «turismo reproductivo», el cual trata de eludir la aplicación del precepto legal (art. 10.1 LTRHA), que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma que considera de orden público, que responde al principio común en los países de Europa continental de que no puede ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, porque eso supondría poner en el comercio una función de la mujer tan elevada como es la maternidad. Afirma, en definitiva el autor, que la Instrucción...» no es que pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible» (Ob. cit. p. 8)

<sup>45</sup> Por otro lado, de seguirse las directrices de la DGRN en la citada Instrucción, parece adecuado pensar, atendiendo al principio de irretroactividad de las normas, que las mismas habrían de seguirse en el futuro, frente a las solicitudes de inscripción que se presenten. Mas no así en el supuesto que ha abierto la brecha en el debate sobre esta cuestión, habida cuenta que la solicitud de inscripción en tal caso se presentó con anterioridad a la publicación de la Instrucción que cambia los criterios exigibles para proceder a la inscripción en tales casos.

venir atribuidas por la citada acción de reclamación de paternidad prevista en el art. 10.2, al no existir vinculación genética con el nacido<sup>46</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, considero que, aun salvando el escollo de la jerarquía normativa aludida, las directrices de la DGRN, no devendrían aplicables en el caso concreto de la filiación de los menores nacidos en California, por razones de estricta irretroactividad de la norma que se desprende de la misma, al haberse instado la inscripción del nacimiento con anterioridad a la fecha de la Instrucción citada.

Por otro lado parece adecuado pensar que aun en aquellos casos en los que exista una resolución judicial extranjera, tal y como exige

<sup>46</sup> Evidentemente me estoy refiriendo no sólo a los supuestos de gestación por sustitución en lo que los que se inscriben como progenitores son dos varones, uno de los cuales ha aportado el material genésico para la fecundación, sino también a aquellos otros casos en los que aparecen como progenitores hombre y mujer, que han recurrido a las mismas técnicas de reproducción asistida, aportando tan sólo el material genésico el marido, pero no la mujer.

Creo que tan sólo cabe pensar en la aplicación de lo dispuesto en el art. 10.3, y por tanto conseguir una resolución judicial de reconocimiento de paternidad cuando la acción la entabla el componente de la pareja, varón (se trate de pareja del mismo sexo o heterosexual), que aportó su espermia para la fecundación de la mujer que cede su útero para ello. Pero, en ningún caso creo que el art. 10.3 LTRA ampare la reclamación o se pueda referir a una resolución judicial donde existiendo una maternidad subrogada, se declare la doble paternidad de los dos cónyuges. Deja bien claro el art. 10.3 que la acción de reclamación de paternidad se refiere a la del «padre biológico». Y una cosa es que sigamos creyendo en la ficción de calificar como «filiación por naturaleza» supuestos que realmente no lo son, pero muy distinto es que pretendamos extender la consideración de «paternidad biológica» a quien biológicamente no lo es.

A esta solución ha llegado recientemente la Corte de Apelación de Lieja, en Sentencia de 6 de septiembre de 2010 («DOC» n.º 2010/RQ/20) en un supuesto exactamente igual al planteado en la RDGRN de 2009. La Corte de Apelación reconoce el derecho a la paternidad del padre biológico de dos gemelas, nacidas por gestación por sustitución en California, pero no el de la pareja de éste, el otro varón que contrató la gestación, al no existir vínculos biológicos entre éste y las gemelas nacidas por tal procedimiento. El Tribunal de Instancia había negado el reconocimiento de los certificados de nacimiento de las gemelas a favor de ambos padres, expedido por las autoridades de California, basando su razonamiento sobre todo en la violación de la reserva de orden público. La Corte de Apelación volvió a analizar la validez de los certificados, a la luz de la legislación belga. Respecto del padre biológico (uno de los cónyuges demandantes) entiende que bajo la legislación belga había podido reconocer legalmente a los menores, y por tanto convertirse en padre. Cuestión que sin embargo debía ser diferente respecto del otro hombre que contrató la gestación por sustitución, puesto que no estaba relacionado biológicamente con los menores. Atendiendo al interés de los menores, como medida de matización del orden público, la Corte destacó el interés de los niños, tal como está protegida tanto por instrumentos de derecho internacional y la Constitución belga. Según el Tribunal, este interés quedaría perjudicado si los niños, que residían en Bélgica, fueran privados de cualquier vínculo jurídico con su padre biológico, mientras que al mismo tiempo, no podían ser considerados como hijos de la madre gestante, la madre de alquiler, que renunciara a su maternidad. En consecuencia, el Tribunal sólo estimó parcialmente las pretensiones de los dos hombres. Decidió reconocer y dar efectos a los certificados de nacimiento expedidos en California, en la medida en que constituyen la base para el vínculo jurídico entre las hermanas y su padre biológico. («Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy by Patrick Wautet on November 2, 2010. Conflict of Law.net) (<http://conflict-laws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/>).

En relación con el reconocimiento de la «gestación por sustitución» en Europa realiza un estudio detallado de la legislación y jurisprudencia más reciente, A. QUIÑONES ESCÁMEZ en «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, InDret, Julio 2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 8 y ss.

la Instrucción de la DGRN, los efectos que la misma podrán producir en España, deberían ser los destinados a determinar la filiación paterna, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.3 LTRA, pero entendemos que sólo la del cónyuge varón que contribuyó a la fecundación, no así la paternidad del otro que, con las normas hoy existentes, tan sólo podría acceder a la determinación de su paternidad por vía de adopción del hijo de su consorte en el supuesto de renuncia de la madre gestante. A salvo, claro está, que se llegue a una normativa que modifique los criterios hasta ahora establecidos, permitiendo la gestación por sustitución que habría de ir acompañada de una nueva norma que, en paralelo con la prevista en el art. 7.3 LTRA, permitiría atribuir la paternidad al cónyuge varón que consienta que el hijo nacido usando las técnicas de reproducción asistida para fecundar, con esperma de su cónyuge a una mujer que cede su cuerpo para ser fecundada, sea considerado hijo matrimonial de ambos.

Obviamente con tales planteamientos se pervertiría el sistema que originariamente se estableció como medida para establecer la filiación mediando el uso de las técnicas de reproducción asistida, ya que estaríamos fijando criterios de atribución de paternidad (doble paternidad), basados en la fecundación de una mujer, ajena al matrimonio de dos varones que quieren tener un hijo matrimonial «por naturaleza», que es fecundada con el esperma de uno de ellos, vulnerando el principio del anonimato del donante. Deberíamos partir al mismo tiempo de la renuncia de la mujer a la maternidad para posibilitar que el cónyuge cuyo esperma no se utilizó para la fecundación, pueda consentir tal fecundación y por tanto que se le atribuya a él la paternidad del nacido<sup>47</sup>. Pero tan perverso para el sistema resulta llegar a la doble paternidad matrimonial (por naturaleza) por la vía descrita, como, dicho sea con todos los respetos a la labor de la DGRN, hacerlo a través del *exequátur* de una resolución extranjera que así lo admitiera, resultando, por mucho que se pretenda lo contrario, más que dudoso que no se vulnere el orden público español al admitir por tal vía algo que expresamente aparece prohibido en el

<sup>47</sup> Ciertamente, ante tal situación, que formalmente se trata de una fecundación usando las técnicas de reproducción asistida, porque al fin y al cabo la fecundación de la mujer que renuncia a su maternidad se ha producido por tal vía, está prevista en el art. 10.3 LTRA cuando el citado precepto permite a través del procedimiento judicial correspondiente determinar la paternidad correspondiente del padre biológico. No permite sin embargo que por el hecho de que la fecundación se produzca de tal forma, quepa atribuir tal paternidad igualmente al cónyuge varón del que donó su esperma para la fecundación.

Si tal solución se admitiera como tal, sea por vía de modificación legal, sea por vía de admisión y reconocimiento de resolución extranjera que así lo admita (siguiendo los criterios de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010), cabría preguntarse por qué no se admite la misma solución cuando un varón fecunda con el sistema tradicional a una mujer, que renuncia a la maternidad. ¿Por qué en tal caso no valdría igual el consentimiento del cónyuge varón, para atribuir a su favor la filiación del nacido? Creo que no tendría el legislador un argumento de peso suficiente para negar tal posibilidad llegados a este extremo.

mismo<sup>48</sup>. Y ello, como se ha indicado anteriormente, al margen del debate sobre la aplicabilidad de las directrices que fija la DGRN mediante una Instrucción, estableciendo exigencias diferentes a las que la LRC fija, aun siendo de rango jerárquico inferior.

### 2.3 Parejas de hecho entre dos mujeres<sup>49</sup>

Del análisis literal de la normativa aplicable se desprende claramente la imposibilidad de atribuir la «doble maternidad» por natu-

<sup>48</sup> A ello hemos de añadir, en todo caso, que difícilmente podríamos seguir hablando de filiación por naturaleza de admitir la «maternidad subrogada» cuando fueran dos mujeres las que, ante la imposibilidad física de ser madres ninguna de ellas, utilizando las técnicas de reproducción asistida, recurrieran a tal procedimiento de fecundación subrogada, con espermia de donante. En tal supuesto ninguna de las dos mujeres habría aportado material genésico alguno para la fecundación por lo que, aparte de resultar más que dudosa la legalidad de tal forma de atribución de una doble maternidad, existiendo un procedimiento previsto para ello como es la adopción, resultaría incomprensible de todo punto seguir hablando de una maternidad «por naturaleza», puesto que para ninguna de ellas la filiación tendría un contenido biológico. A salvo, claro está, de aquellos supuestos en que se aportarían los óvulos por parte de una de ellas, fecundados en el útero de la «madre de alquiler», supuesto que, como hemos comentado en este trabajo, carece de relevancia en nuestro ordenamiento, pues en nada variaría la calificación respecto de la maternidad biológica de la madre subrogada.

Aunque discutible, como venimos planteando, sería y es diferente, el supuesto en el que es fecundada una mujer que cede su útero para ello, con el espermia de uno de los varones miembros de la pareja, porque en tal caso, admitida la situación, al menos para uno de los cónyuges la filiación del nacido sería una filiación por naturaleza.

<sup>49</sup> La DGRN ha mantenido reiteradamente la negativa a inscribir la maternidad a favor de una mujer, pareja de hecho de la madre biológica, respecto del hijo de ésta. Así se resolvió en Resolución de 9 enero de 2002 (La Ley 1188804/2002), que consideró «descabellado» establecer una doble maternidad por el mero hecho de que exista un acuerdo o declaración de las interesadas. Resulta contundente al señalar que el principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. [En el mismo sentido R de 30 de septiembre de 2004 (La Ley: 10425/2005)].

Igualmente en Resolución de 5 de junio de 2006 (La Ley 1513/2006) se denegó la inscripción de la filiación no matrimonial respecto de la pareja de hecho de la madre biológica que consintió la inseminación artificial. Expresamente en este caso, considera inaplicable por analogía lo dispuesto en el art. 97 del Código de Familia Catalán (texto vigente en el momento en que se emite la resolución), conforme al cual «los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público». La DGRN argumenta su posición, que igualmente serviría en este caso y en el momento en que se resuelve para denegar la inscripción de la doble maternidad matrimonial, en el hecho de que «...el principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer...». Señalando para corroborar tal postura que «...de los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de Familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil...». Por ello se considera que el vínculo intentado de la maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo podría obtenerse a través del mecanismo de la adopción, posibilidad que en tal momento se encontraba abierta no sólo a las parejas heterosexuales sino también del mismo sexo.

El criterio se mantiene con la misma argumentación, una vez se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en los supuestos de pretendida «doble maternidad matrimonial» (RDGR 17 de enero de 2007- La Ley: 3746481/2007).

raleza a dos mujeres no casadas, que constituyan sin embargo pareja de hecho. Al margen, como veremos más adelante, la posibilidad de atribuir la doble maternidad por vía de adopción.

El art. 8.2 LTRA sólo prevé la atribución de la paternidad extramatrimonial al varón no casado, pese a las numerosas enmiendas que en su momento se presentaron al proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, instando la sustitución de la referencia al «varón» por «la persona «que comparte la vida con la usuaria, lo que habría permitido incluir los supuestos de doble maternidad extramatrimonial, como ya hemos visto<sup>50</sup>.

En todo caso, puesto que el consentimiento prestado por el varón no casado, a que se refiere el citado precepto, no supone una atribución directa de la paternidad, sino que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil (como forma de asimilarlo quizá al reconocimiento), habría que entender que tal debería ser la exigencia y valor del consentimiento de la compañera de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida, caso de admitirse, puesto que no existe razón que justifique el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan.

En cualquier caso, parece obvio que la omisión del legislador a la posibilidad de doble maternidad en las parejas de hecho no fue involuntaria, habida cuenta que cuando se aprueba la LTRA tampoco se admitió la doble maternidad de dos mujeres casadas, que se incorpora al texto de la Ley posteriormente como hemos visto al introducir el supuesto en el art. 7.3 LTRA en 2007. Y por ello se explica menos si cabe la incoherencia que ello supone respecto de los matrimonios de mujeres (art. 7.3), y respecto de las parejas de hecho de mujeres.

Parece más coherente la solución adoptada en los arts. 235-3 y 235-13 del reformado Libro segundo del CC Catalán, que confiere el mismo tratamiento al consentimiento otorgado por el cónyuge de la usuaria (sea hombre o mujer) que al del hombre o la mujer que comparte la vida con la misma a los efectos de considerar como hijo extramatrimonial de la pareja al nacido de mujer soltera cuya compañera sentimental consiente la fecundación de aquélla con esperma de donante. (« Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha con-

<sup>50</sup> En relación con el contenido de las enmiendas presentadas al Proyecto de LTRA *vid.*, nota 10.

sentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público»).

¿Qué se desprende por tanto de la literalidad de la vigente LTRA? :

1.º) Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante.

2.º) Que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art. 7.3 LTRA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante.

3.º) Que para poder atribuir la segunda maternidad a la pareja de hecho de la madre, deberá recurrirse al procedimiento de adopción, posible conforme al art. 178.2.2.º tras la redacción conferida al mismo por la Ley 13/2005 de 1 de julio. Así pues, la mujer que comparte la vida con la usuaria podrá adoptar al hijo de la misma, siendo necesario no obstante para la validez de tal adopción:

a) Que la cónyuge que adopta al hijo de la usuaria, sea mayor de veinticinco años (art. 175 CC). Exigencia que sin embargo se excepciona en el Derecho Catalán (art. 235.30 1b CC tras la reforma del Libro II), que no requiere tal edad cuando quien adopta es el cónyuge o pareja de hecho del progenitor del adoptado.

b) Que es necesaria la propuesta previa de la entidad pública, puesto que sólo se excluye tal requisito en el art. 176.2.2.º, cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante, pero no en los casos de pareja de hecho.

#### 2.4 Pareja de hecho entre dos hombres

Sirven aquí las manifestaciones realizadas en relación con la filiación de los hijos de matrimonios entre dos hombres. Si discutible resultaba para tales supuestos la atribución de la doble paternidad por naturaleza, mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, mediante el recurso a la «gestación por sustitución», más alejado queda en los momentos actuales la atribución de la misma en las parejas de hecho entre dos hombres.

## V. FILIACIÓN POR ADOPCIÓN. LA ADOPCIÓN CONJUNTA Y SUCESIVA

### 1. ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS DEL MISMO SEXO <sup>51</sup>

#### 1.1 Adopción conjunta simultánea

El art. 175.4 CC permite la adopción conjunta por ambos cónyuges. Una vez admitido el matrimonio de personas del mismo sexo tras la reforma operada en el CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio, conforme a la legislación española, dos personas casadas, sean hombres o mujeres pueden adoptar a un menor conforme a las reglas generales que rigen la institución <sup>52</sup>.

#### 1.2 Adopción sucesiva o por un cónyuge del hijo del otro

Igualmente de conformidad con el art. 175.4 CC es posible la adopción sucesiva por ambos cónyuges, así como que, celebrado el matrimonio con posterioridad a la adopción uno de los cónyuges adopte a los hijos de su consorte.

Ello nos sitúa ante múltiples posibilidades. Por un lado, que adoptado un menor individualmente por una persona casada con otra del mismo sexo, pueda posteriormente esta última adoptar al menor. Por otro, que tras el matrimonio, puedan ser adoptados por el nuevo cónyuge los hijos, ya sean adoptivos, ya sean por naturaleza, del otro cónyuge, siempre que la filiación no estuviera determinada respecto al otro progenitor, que éste hubiera fallecido, estuviera privado de la potestad o incursos en causa de privación o haya

---

<sup>51</sup> Conviene tener presente la distinción que hiciera M. P. GARCÍA RUBIO y recoge igualmente J. SOLÉ RESINA, entre «adopción por parejas homosexuales» y «adopción en parejas homosexuales», para referirse, en el primer caso, según se indica, a las adopciones realizadas conjuntamente por ambos cónyuges, ya sean simultáneamente o sucesivamente y en el segundo, a la realizada por uno de los cónyuges, de los hijos naturales del otro, como adopción individual. Aunque como se afirma por Solé, en el caso de la adopción sucesiva, realmente existen dos adopciones (GARCÍA RUBIO M. P., «La adopción por y en parejas homosexuales» en Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004.; SOLÉ RESINA J., «Adopción y parejas homosexuales» en «Matrimonios homosexuales y Adopción: perspectiva nacional e internacional» (dir. NAVAS NAVARRO S.) Reus 2006.

<sup>52</sup> Cuestión distinta, aunque no por ello menos importante y problemática se plantea en relación con las Adopciones Internacionales en aquellos supuestos en los que la legislación aplicable prohíbe expresamente la Adopción por matrimonios del mismo sexo o incluso la adopción, aun individual, por personas homosexuales. Esta circunstancia obviamente restringe sobremanera las posibilidades de adopción en muchos casos. *Vid.* al respecto nota 38.

dado su asentimiento<sup>53</sup>. Se incluirían aquí los supuestos en los que, celebrado matrimonio entre dos mujeres, una de ellas hubiese recurrido al uso de las técnicas de reproducción asistida para ser madre, estando soltera (art. 6.1 pfo 2.º LTRA) y posteriormente contrajera matrimonio con otra mujer<sup>54</sup>. Igualmente en aquellos casos en los que, aun estando casada con la mujer, usuaria de las TRA, no hubiese prestado su consentimiento antes del nacimiento del hijo, conforme establece el art. 7.3 LTRA, para que se determinase a su favor la filiación (por naturaleza), respecto del nacido.

Por otro lado, en los supuestos de adopción sucesiva a la que acabamos de referirnos, no será necesaria la propuesta previa de la entidad pública (art. 176.2 CC). Se requiere sin embargo (puesto que el CC no marca excepción alguna al respecto), que el cónyuge que adopta al hijo de su consorte sea mayor de veinticinco años<sup>55</sup>, y no se produce la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (la del otro cónyuge) (art. 178.2.1.º CC).

## 2. ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO DEL MISMO SEXO

Conforme hemos analizado en el primer apartado de nuestro trabajo, es en estos supuestos de adopción dónde existe nuevamente una mayor descoordinación legislativa, no sólo a nivel estatal sino también autonómico. En este punto la dificultad se encuentra, no sólo en la existencia de diversas normas que afectan a la adopción, sino en la existencia de una pluralidad de normativa autonómica que al hilo de la regulación de las parejas de hecho ha afectado directamente a ella, estableciéndose un marco normativo cuanto menos

---

<sup>53</sup> Criterio que se desprende de lo dispuesto con carácter general en relación con el proceso de adopción en el art. 177 CC. En el art. 235-32 del CC de Cataluña, conforme a la redacción del precepto tras la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II, relativo a la persona y la familia se especifica claramente en qué supuestos cabe la adopción de los hijos del cónyuge o la persona con quien el adoptante convive en pareja estable: «1. Pueden ser adoptados los menores de edad desamparados que estén en situación de acogimiento preadoptivo. También pueden ser adoptados los siguientes menores: a) Los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable. En estos casos, la adopción requiere que la filiación no esté legalmente determinada respecto del otro progenitor, o que este haya muerto, esté privado de la potestad, esté sometido a una causa de privación de la potestad o haya dado su asentimiento».

El art. 175.4 del CC, cuando permite la adopción del hijo del cónyuge, no especifica sin embargo qué circunstancias han de producirse respecto del menor, como hace el CC Catalán para que la adopción pueda llevarse a cabo, aunque, obviamente hemos de partir de la imposibilidad de que existan dos filiaciones contradictorias.

<sup>54</sup> A tal supuesto se refirió expresamente el Auto del JPI de Madrid n.º 23, de 18 de julio de 2006 (La Ley 1552/2006) en relación con la adopción de dos menores, por la cónyuge de la madre biológica de los mismos. Los hijos, en tal caso, habían nacido con anterioridad a la celebración del matrimonio de la pareja.

<sup>55</sup> Frente a lo indicado, el art. 235-30. 1b) del CC Catalán, no requiere en los supuestos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja estable, que el adoptante sea mayor de veinticinco años.

bastante diferente en algunos casos, dependiendo de las CCAA y la normativa aplicable a la misma.

¿Pueden adoptar simultáneamente o sucesivamente los miembros de una pareja de hecho del mismo sexo? De lo visto hasta ahora, y pensando que el legislador ha pretendido una equiparación de supuestos en estos casos, podríamos pensar que la respuesta habría de ser idéntica a la dada respecto de los casos de matrimonio. No es así sin embargo, como podemos deducir del análisis realizado en el primer apartado de nuestro trabajo y sobre el que ahora concluimos.

## 2.1 Adopción conjunta

Atendiendo a la normativa vigente existente, el panorama difiere según resulte aplicable al supuesto el Derecho Estatal o el de determinadas Comunidades Autónomas, como hemos visto en el primer apartado de nuestro trabajo<sup>56</sup>.

Conforme a la legislación Estatal podríamos concluir que no es posible la adopción conjunta por parejas de hecho del mismo sexo, teniendo en cuenta básicamente que en ningún momento ha sido modificada ni derogada expresa o tácitamente la disposición adicional.3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de Adopción y otras formas de protección de menores. Tal disposición, cuya modificación proponía el Consejo de Estado en su informe sobre la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, asimilaba a los matrimonios, a efectos de permitir la adopción simultánea, a las parejas de hecho heterosexuales. Con independencia de que lo coherente en estos momentos sea la equiparación, lo cierto es que legalmente no se ha producido.

Frente a ello, como igualmente hemos señalado anteriormente, existe una posición diferente en el ámbito de determinadas Comunidades Autónomas, como Navarra, País Vasco, Cantabria, Galicia o Cataluña, donde expresamente se regula tal derecho en relación con las parejas de hecho del mismo sexo<sup>57</sup>.

## 2.2 Adopción sucesiva o por uno de los miembros de la pareja de hecho, del hijo del otro<sup>58</sup>

Ninguna duda ofrece desde un punto de vista de la normativa estatal, la posibilidad de adopción sucesiva por los miembros de

<sup>56</sup> Vid. pp. 5 a 9 y notas citadas.

<sup>57</sup> Vid. apartado I, pp. 5 a 9.

<sup>58</sup> Recientemente la Corte de Casación francesa, en Sentencia de 8 de julio de 2010 (arrêt n.º 791 du 8 juillet 2010 (08.21.740) ha aceptado el *exequatur* de la Sentencia de la Corte Superior del Condado de Debalk (Estado de Georgia) de 1999, reconociendo por primera vez la adopción por parte de una ciudadana francesa, del hijo de su pareja femenina, de nacionalidad estadounidense, nacido recurriendo para su fecundación a las técnicas de reproducción asistida.

una pareja de hecho homosexual. La modificación introducida en el art. 178.2.2.º, indirectamente permite tal posibilidad. Ciertamente es que el precepto no se refiere específicamente a la capacidad para adoptar sino a los supuestos de extinción o no de vínculos jurídicos en los casos de adopción respecto de la familia anterior. Y precisamente entre aquellos en los que no se produce la extinción de vínculos se encuentra, junto con el de la adopción del hijo del cónyuge del adoptante (ap. 1.º), el supuesto en el que sólo haya sido determinado uno de los progenitores, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años, y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir (ap. 2.ª), suprimiéndose con la Ley 13/2005 la exigencia de que el adoptante sea de sexo diferente al otro progenitor. Obviamente el supuesto resultará aplicable a aquellos casos de adopción por un miembro de la pareja de hecho, del hijo del otro, sin que ambos hayan de estar casados, habida cuenta de que esta última opción ya se recoge expresamente en el apartado anterior.

¿Cabe sólo tal posibilidad en los casos en los que el hijo adoptado lo sea por naturaleza del otro miembro de la pareja? Aunque del art. 175.4 pudiera desprenderse tal solución, al establecer que «nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo que la adopción se realice por ambos cónyuges», parece que sería un contrasentido entender que sólo en los casos de que la primera paternidad fuese por naturaleza y no por adopción, cabría admitir la segunda paternidad por adopción. En cualquier caso, si se atiende a la literalidad de la Ley, esa sería la conclusión a la que habría que llegar. Carente igual lógica que en los supuestos de adopción conjunta.

Igualmente atendiendo a la estricta aplicación de la legalidad vigente, en tal tipo de adopciones, el adoptante debe ser mayor de veinticinco años (art. 175.1 CC) y requiere, para iniciar el expediente, la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante, al no quedar incluido el supuesto que analizamos dentro de los que no requieren tal propuesta (art. 176.2 pfo. 2.º CC). Ha de decirse no obstante que, con carácter general y para los supuestos de parejas de hecho heterosexuales, la jurisprudencia menor ha venido admitiendo que la referencia al «hijo del consorte» del art. 176.2.2.º, debe ser extendida al hijo del conviviente de hecho<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Autos de la AP Castellón 29 de julio de 1997 (Ar.civ. 1997/1428) y 18 de julio de 2007 (Ar.civ. 2007/317017); AP Sevilla 20 de marzo de 2007 (Ar.civ.2007/272771); AP Ciudad Real 6 de febrero de 2007 (Ar.civ.2007/1520); AP Madrid 12 de mayo de 2006 (Ar.civ.2006/192527) Decisiones que son objeto de análisis por GARCÍA PASTOR, M., Comentario al art. 176 CC en *Jurisprudencia Civil Comentada*, Código Civil, Tomo I, Artículos 1 a 608 (Dir. Miguel Pasquau Liaño) Comares 2009. p. 707.

Parece evidente que si esta es la postura generalmente admitida en relación con las parejas de hecho heterosexuales, resultaría absolutamente discriminatorio no aplicar el

Nuevamente en este punto existe un tratamiento diferente entre la legislación estatal y la de las Comunidades Autónomas.

En la Ley foral Navarra, 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se permite, como vimos, la adopción conjunta por los miembros de una pareja estable (art. 8), con independencia de su orientación sexual (art. 1), pero nada se dice respecto de la adopción sucesiva, que, en este punto habrá de someterse a lo dispuesto en el régimen general establecido en el CC al que acabamos de aludir<sup>60</sup>. Los tribunales, no obstante, aun conscientes de tal ausencia de regulación, habían venido admitiendo la adopción por un miembro de la pareja de hecho, de los hijos biológicos del otro. Tal es la posición que se mantuvo en el Auto del JPI. n.º 3 de Pamplona, de 22 de enero de 2004.

Conforme al citado Auto, no sólo no impidió el pronunciamiento favorable a la adopción la pendencia de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la citada Ley Foral, sino que además admitió tal adopción pese a la ausencia de regulación específica para los supuestos de adopción sucesiva en la citada Ley<sup>61</sup>. Igualmente, siguiendo la postura mantenida en resoluciones anteriores, entendió, con la demandante, que no resultaba exigible en tal caso la propuesta previa de la Entidad Pública, por aplicación de lo dis-

---

mismo criterio cuando las parejas de hecho estén formadas por personas del mismo sexo, por lo que tampoco en tales casos debería exigirse para la adopción la propuesta previa de la entidad pública.

<sup>60</sup> En su momento, al comentar precisamente la citada Ley, NANCLARES VALLE puso de manifiesto la complejidad que suponía la Ley, en tal momento, cuando lo que la misma permitía era la adopción conjunta pero no la sucesiva, puesto que el citado art. 8 permitía la adopción conjunta pero no mencionaba la posibilidad de que el conviviente homosexual adoptase al hijo de su pareja, por lo que para resolver el problema había que acudir a la solución prevista en el CC que, en tal momento excluía tal posibilidad al exigir en el art. 178.2, que quien adopta fuese de distinto sexo al del progenitor ya conocido. («La Adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al art. 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio») Aranzadi Civil n.º 8 /2001. «BIB».2001/728.

<sup>61</sup> Interpretación que según M. P. GARCÍA RUBIO era la más cabal, señalando al respecto que: «... la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción equiparó “al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal” con las personas unidas en matrimonio, pero sólo a efectos de “capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente (el énfasis es añadido) a un menor”. Una interpretación formalista de este precepto impediría a uno de los miembros de la pareja heterosexual la adopción del hijo de su compañero/a lo que, además de contravenir el prioritario interés del adoptando, carecería de toda lógica; no es de extrañar pues que el criterio de las Audiencias lleve a considerar que la adopción del hijo del conviviente es perfectamente posible y amparada por el Derecho. Si ello es así para las parejas heterosexuales, debe serlo también para las homosexuales que tengan reconocido su derecho a adoptar, so pena de incurrir en violación del principio de igualdad de trato y paridad de ordenamientos. En esta misma línea es del todo punto correcta la consideración de que en el caso tampoco era exigible la propuesta previa de la entidad pública, por la equiparación entre pareja y consorte a los efectos del art. 176.2.2.ª del Código Civil...» («La adopción por y en parejas homosexuales» en Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004).

puesto en el art. 176.2.2.º del CC, pese a referirse éste específicamente a los supuestos de adopción del «hijo del consorte del adoptante», por entender en sentido amplio la referencia «al consorte», comprensiva de los supuestos de existencia de una relación de pareja de hecho<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Apunta el citado Auto, en cuanto se refiere a la constitucionalidad de la Ley Foral, derivada de la interposición del recurso promovido por 83 parlamentarios del Grupo Parlamentario Popular que: «...La interposición de tal recurso, sin embargo...no tiene ninguna incidencia en la vigencia de la Ley, si se tiene en cuenta que el art. 30 LOTC, únicamente prevé efectos suspensivos en el supuesto de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, como así ha acontecido respecto a la citada Ley vasca... Por tanto, la citada normativa foral resulta de plena aplicación por cuanto que, formalmente, las cuestiones que sobre su posible inconstitucionalidad se han planteado, en nada afectan a su vigencia...»

En lo que se refiere a la aplicación del art. 8 de la Ley Foral a las adopciones conjuntas y no sucesivas como la planteada se señala que:

« Con tal exclusión general en la Ley, pudiera entenderse que se está impidiendo a la compañera de la madre biológica de las menores adoptar a éstas. Al respecto puede exponerse que a tenor de tal precepto y de lo a su vez establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reconoció la posibilidad de adopción conjunta a parejas no casadas en el derecho común y en el art. 178.2, 1 y 2 del CC, resulta cerrada la posibilidad de adopción sucesiva por el compañero del padre o por la compañera de la madre de los hijos de aquél o de ésta con la consiguiente extinción de la filiación del otro padre o madre, habida cuenta que tales preceptos sólo admiten al cónyuge del padre o madre (biológico o adoptivo) del adoptante o al conviviente u otra persona de sexo diferente al progenitor (cuando al respecto, puede exponerse que a tenor de tal precepto y de lo a su vez establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reconoció la posibilidad de adopción conjunta a parejas no casadas en el derecho común y en el art. 178.2, 1 y 2 del CC, resulta cerrada la posibilidad de adopción sucesiva por el compañero del padre o por la compañera de la madre de los hijos de aquél o de ésta con la consiguiente extinción de la filiación del otro padre o madre, habida cuenta que tales preceptos sólo admiten al cónyuge del padre o madre (biológico o adoptivo) del adoptante o al conviviente u otra persona de sexo diferente al progenitor (cuando se hubiera determinado la filiación sólo con éste), la adopción, y en ambos casos, sin extinguirse los vínculos con la familia anterior.

Ahora bien, ello no puede tener los mismos efectos en todos los casos, al no corresponderse tampoco la finalidad de tal impedimento legislativo con supuestos en que la adopción por el compañero o compañera deviene de una previa situación de paternidad o maternidad individual del otro amparada tanto por el Código Civil, en lo que a la filiación adoptiva se refiere, como por la Ley de Reproducción Asistida de 1988 en lo referente a la biológica. En efecto, si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual cuando para acceder a ésta la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que versando el contenido de la citada disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, acerca de idéntica posibilidad de adopción conjunta cuando reconoció tal derecho a parejas no casadas, la doctrina de la Audiencia ha realizado una interpretación favorable a la asimilación plena entre parejas matrimoniales y parejas de hecho, bien por entender que tal es el espíritu de la Ley [así SAP Valladolid de 12 de junio de 2000 (La Ley 1278/2001)], bien bajo el argumento exclusivo del beneficio del adoptando [SAP Barcelona de 30 de diciembre de 2002 (La Ley 1389168/2002)]... y en tal sentido, y como dice esta última resolución, se estima que lo que debe ponderarse es si en el caso concreto el interés del adoptando justifica la “entrada en familia” por medio de un mecanismo distinto al de la filiación por naturaleza, cuestión que se va a tratar posteriormente, al analizar el superior interés del adoptando en

El art. 8 de la Ley del País Vasco, 2/2003 de 7 de mayo, no sólo permite la adopción conjunta, sino también la adopción sucesiva por parte de uno de los miembros de la pareja respecto de los hijos adoptivos o biológicos de la otra<sup>63</sup>.

En el art. 11 de la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, se permitió la adopción por las parejas de hecho con plena igualdad en derechos y obligaciones que las unidas por matrimonio, sin diferenciar por tanto entre los supuestos de adopción conjunta o sucesiva, sometiéndose por tanto su aplicación en este momento a las mismas reglas que hemos establecido conforme a la normativa estatal.

En el art. 30, en relación con la disposición adicional.3.<sup>a</sup> de la Ley 2/2006, de 14 junio de Derecho Civil de Galicia, se permite la adopción conjunta por las parejas de hecho del mismo sexo, pero parece no admitirse la adopción sucesiva o la individual de uno de los miembros de la misma respecto de los hijos del otro, al seguirse haciendo referencia en su art. 39 a la necesidad de que el adoptante sea del sexo distinto al del progenitor ya determinado para que subsistan los vínculos respecto de la familia de este último.

Por último, en el CC Catalán, tras la reforma operada por Ley 25/2010, de 29 de julio, se permite en el art. 235-32 la adopción de los hijos de la persona con quien el adoptante convive en pareja estable.

La variedad legislativa existente, junto con la falta de criterios claros desde el punto de vista de la legislación estatal, ponen de manifiesto si cabe aún más, la complejidad que el asunto plantea en los momentos actuales, donde además de deberse coordinar la diversidad normativa estatal a la que hicimos referencia inicialmente, ha de establecerse una coordinación lógica con la normativa autonómica que sobremanera ha proliferado en los últimos años en cuanto a la regulación de las parejas de hecho.

---

relación igualmente con el resto de las cuestiones planteadas acerca de la constitucionalidad de la norma foral...».

Por lo que se refiere a la necesidad o no de la propuesta previa de la Entidad Pública competente, se mantiene que: «conforme a lo dispuesto en el art. 176.2.2.º, en el sentido en el que, asimismo, ha venido siendo interpretado por la doctrina de los Tribunales de forma reiterada en adopciones de parejas de hecho, tanto en el sentido anteriormente expuesto, como, incluso, mediante la mera interpretación en sentido amplio del término consorte empleado por dicho precepto (por todas SAP de Sevilla en rollo de apelación núm. 784/1991 o SAP Castellón en rollo de apelación núm. 3/1996)...». (Auto del JPI n.º 3 de Pamplona, de 22 enero 2004. La Ley 494/2004)

<sup>63</sup> Así lo corrobora el Auto del JPI n.º 2 de Gernika-Lumo, de 21 de mayo de 2005 que, con apoyo en el citado precepto, acordó la adopción de los hijos adoptivos de la pareja de hecho homosexual de la adoptante (La Ley 2035750/2005).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)» *Diario La Ley* n.º 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010. *La Ley* 13471/2001.
- CABEDO MALLOL, V.: Marco Constitucional de la protección de menores. *La Ley* 2008, pp.146 ss.).
- CARRASCO PERERA, A.: «Reproducción Asistida». *BIB* 2005/1142. Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 674/2005 (Tribuna).
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones.
- FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M.: [«¿Madres? Pueden ser más de una» *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com) 2005].
- GARCÍA PASTOR, M.: Comentario al art. 176 CC en Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil. Tomo I artículos 1 a 608 (Dir. Miguel Pasquau Liaño) Comares 2009.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «La adopción por y en parejas homosexuales» en Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol. Barcelona. 2004.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M.C.: «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida» AC.1993-2. Ref. xvi y xvii pp. 289 ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Elementos de Derecho Civil IV». 3.ª ed. 2008.
- NANCLARES VALLE, J.: «La adopción por parejas homosexuales» en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, *BIB* 2001/728. Aranzadi Civil 8/2001.
- «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *BIB* 2008/575, Aranzadi civil n.º 7/2008.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, *InDret* 2009, www.indret.com
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: («La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial». *La Filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium 1988).
- SOLÉ RESINA, J.: «Adopción y parejas homosexuales» en la obra dirigida por S. NAVAS NAVARRO «Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional». Reus 2006. pp. 209 ss.
- SVITNEV K. N.: (Rosjurisconsulting Reproductive Law et Ethics Researchs Center. Moscow, Russian Federation «Surrogacy and its legal regulation in Russia». (5.ª Congreso mundial de la Asociación de Medicina Reproductiva 10-13 de octubre de 2010, Moscú) (www.rbmonline.com) (<http://www.jurconsult.ru/es/news/>)
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (Actualidad Civil n.º 7, quincena del 1 al 15 de abril 2010, p. 748 ss. *La Ley* 1796/2010).
- VALLES AMORES, M. L.: «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción». *Revista de Derecho de Familia* n.º 28-jul/sept. 2005.

# Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la *remoteness rule*

**BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ \***  
Investigadora contratada Ramón y Cajal  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*El objetivo principal del presente artículo consiste en analizar el proceso de revisión al que se encuentra sometida la remoteness rule del Derecho inglés. El trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera de ellas nos detendremos en la interpretación tradicional de la remoteness rule, también denominada orthodox approach. En la segunda, nos ocuparemos de la nueva perspectiva adoptada por las corrientes doctrinales más modernas o broader approach. La tercera y última parte se centrará en los hechos y en la fundamentación jurídica de la sentencia Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc, conocida como el Achilleas, primer caso en el que llegan a la House of Lords los debates que, hasta ese momento, habían sido meramente teóricos.*

## PALABRAS CLAVE

*Responsabilidad contractual. Indemnización de daños y perjuicios. Previsibilidad del daño. Achilleas.*

## ABSTRACT

*The aim of this article is to analyze the review of the remoteness rule in English law. The paper is divided into three parts. First of all, we will study*

---

\* Miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial» (D-008) de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados» (DER 2008-00968-JURI) dirigido por el Profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Deseo dejar constancia de mi agradecimiento al Profesor Hugh Beale por la inestimable ayuda que me proporcionó para la elaboración del presente trabajo durante mi estancia de investigación en la Universidad de Warwick (UK) en junio de 2009.

*the orthodox approach; after that, we will deal with the broader approach. The third and final part will focus on the facts and legal basis of Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc, also known as The Achilles, as it has been the first case where the House of Lords has faced the debate that, until then, had been purely theoretical.*

## KEYWORDS

*Contractual damages. Remoteness rule. Foreseeability. Achilles.*

SUMARIO: *Introducción. I. Remoteness rule: interpretación tradicional; 1.1 Origen jurisprudencial: Hadley v. Baxendale, Victoria Laundry v. Newman y The Heron II. 1.2 Primera cuestión: daño not unlikely. El tipo de daño. 1.3 Segunda cuestión: el conocimiento de las circunstancias del caso. 1.3.1 El conocimiento de las circunstancias ordinarias. 1.3.2 El conocimiento de las circunstancias especiales.—II. Remoteness rule: interpretación moderna: 2.1 La imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad. 2.2 El contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable: 2.2.1 La interpretación (objetiva) de la voluntad de las partes. 2.2.2 La integración del contrato.—III. The Achilles: la división doctrinal llega a la House of Lords: 3.1 Los hechos. 3.2 El iter procesal y el fallo de la House of Lords. 3.3 Las fluctuaciones del mercado y los usos. 3.4 La reacción de la doctrina y de los tribunales. IV. Conclusiones.*

## INTRODUCCIÓN

Conforme al Derecho inglés, ante el incumplimiento contractual de una de las partes, el contratante perjudicado cuenta con una serie de remedios, entre los que se sitúa la indemnización de los daños y perjuicios. Las partes pueden haber pactado la indemnización en el momento de la celebración del contrato: en este caso nos encontramos ante *liquidated damages*; si tal pacto no se ha producido, nos situamos ante *unliquidated damages*<sup>1</sup>. En este último supuesto resulta, entonces, necesario determinar cuáles son los daños indemnizables. El contratante incumplidor no está obligado a indemnizar todos los daños causados por el incumplimiento; la compensación, en efecto, se encuentra limitada por los siguientes principios: (1) *remoteness rule*; (2) *intervening cause*; (3) *duty to*

<sup>1</sup> BEALE, H.: *Remedies for breach of contract*, 1980, p. 152.

*mitigate*; (4) *contributory negligence*. El presente trabajo se centra en el primero de los principios citados<sup>2</sup>: la *remoteness rule*, conforme a la cual, un daño no debe ser indemnizado si es demasiado remoto<sup>3</sup>.

La *remoteness rule*, o *contemplation test*, se formula en la 30th edición del *Chitty On Contracts* del siguiente modo:

«A type or kind of loss is not too remote a consequence of a breach of contract if, at the time of contracting (and on the assumption that the parties actually foresaw the breach in question) it was within their reasonable contemplation as a not unlikely result of that breach». <sup>4</sup>

Burrows, por su parte, se refiere a este principio con las palabras que reproducimos a continuación:

«There is a single contract test of remoteness which lays down that losses are too remote if, at the time the contract was made, the defendant did not contemplate and could not reasonably have contemplated that type of loss as a serious possibility». <sup>5</sup>

En una primera aproximación, y a partir de las palabras transcritas, se desprende que, en virtud del Derecho inglés, un daño no es *too remote* si las partes, en el momento de la celebración del contrato, lo contemplaron o debían haberlo contemplado como una consecuencia previsible del incumplimiento.

Puede afirmarse que actualmente la *remoteness rule* se encuentra sometida a un proceso de revisión: el análisis de este proceso constituye el objetivo principal de las líneas que siguen. Para ello el trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera de ellas nos detendremos en la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, también denominada *orthodox approach*. En la segunda, nos ocuparemos de la nueva perspectiva adoptada por las corrientes doc-

<sup>2</sup> Al igual que en nuestro Derecho, el *Common Law* diferencia entre la causalidad fáctica y la causalidad jurídica: conforme a la primera de ellas, un evento es causa de un daño cuando se cumple el test de la *conditio sine qua non* (para el Derecho inglés, el *but for test*); la superación de este test no es suficiente para repensabilizar del daño causado a otro: resulta necesario que el evento pueda considerarse *cause in law*. Precisamente en el test de la *legal causation* se sitúa el principio de la *intervening cause*. La culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño, son las categorías correspondientes de nuestro Derecho a los otros dos principios citados (sobre ellos *vid. McGREGOR On Damages*, 2009, pp. 107 y ss.).

<sup>3</sup> Si quisiéramos hacer un paralelismo con nuestro Ordenamiento, este principio se correspondería con el art. 1107 CC español cuyo tenor literal es de sobra conocido: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

<sup>4</sup> CHITTY *On Contracts*, 2009, § 26054.

<sup>5</sup> BURROWS, A.: *Remedies for Torts and breach of contract*, 3.ª ed., 2004, p. 94.

trinales más modernas o *broader approach*. La tercera y última parte se centrará en los hechos y en la fundamentación jurídica de la sentencia *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*<sup>6</sup>, conocida como el *Achilleas*: es éste el primer caso en el que llegan a la *House of Lords* los debates que, hasta ese momento, habían sido meramente teóricos.

## I. **RE MOTENESS RULE: INTERPRETACIÓN TRADICIONAL**

La formulación de la *remoteness rule* conforme a la que hemos denominado «interpretación tradicional» tiene su origen en los siguientes tres casos<sup>7</sup>: *Hadley v. Baxendale*<sup>8</sup>, *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries*<sup>9</sup> y *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II)*<sup>10</sup>. A ellos nos vamos a referir brevemente antes de analizar las cuestiones en las que se centra la interpretación tradicional.

### 1.1 **Origen jurisprudencial: *Hadley v. Baxendale*, *Victoria Laundry v. Newman* y *The Heron II***

Los hechos de *Hadley v. Baxendale* son bien conocidos, por lo que nos limitaremos a recordarlos brevemente.

En el caso concreto se partía del incumplimiento de un contrato de transporte. El litigio se centraba en el lucro cesante indemnizable.

Los propietarios de un molino contrataron el transporte de una pieza rota, con el fin de que fuera conducida al fabricante y sustituida por una nueva. Así se hizo saber a los transportistas quienes, sin embargo, desconocían que el molino quedaba paralizado hasta la llegada de la nueva pieza<sup>11</sup>.

Los transportistas entregaron la nueva pieza a los propietarios del molino con varios días de retraso. Los propietarios reclamaban el lucro cesante derivado de la paralización del molino durante los días en que se retrasó la entrega de la pieza. El tribunal desestimó la demanda.

<sup>6</sup> (2008) UKHL 48.

<sup>7</sup> Por todos, *vid.* MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 199 a 206.

<sup>8</sup> (1854) 9 Ex. 341.

<sup>9</sup> (1949) 2 KB 528.

<sup>10</sup> (1969) 1 AC 350.

<sup>11</sup> No es una cuestión pacífica, sin embargo, que dicha comunicación no se produjera. Sobre las dudas que plantean los hechos de *Hadley v. Baxendale* *vid.* D. PUGSLEY: «The facts of *Hadley v. Baxendale*», *New Law Journal*, 1976, pp. 420 y 421.

La razón de la desestimación de la demanda fue que el lucro cesante exigido por los demandantes no se consideró indemnizable por ser demasiado remoto, ya que se produjo como consecuencia de circunstancias excepcionales (el propietario del molino no tenía una pieza de repuesto) que no fueron comunicadas debidamente al transportista.

El Juez Alderson presentó al jurado<sup>12</sup> unas pautas para guiarle a la hora de determinar cuándo un daño es indemnizable por no ser demasiado remoto. Conviene recordar sus palabras, que transcribimos a continuación:

*«We think the proper rule in such a case as the present is this: where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonable be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it».*

Las líneas anteriores albergan lo que se ha venido a llamar el *first limb* o primera regla de *Hadley*, conforme a la cual un daño es indemnizable si en el momento de la celebración del contrato las partes podían contemplarlo como un daño derivado naturalmente del incumplimiento del contrato conforme al usual devenir de los acontecimientos (*arising naturally, i.e. according to the usual course of things from the breach of contract*).

Continuaba el Juez Alderson del siguiente modo:

*«Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the claimants to the defendants and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated».*

Las palabras transcritas reflejan el denominado *second limb* o segunda regla de *Hadley*, conforme a la cual un daño derivado del incumplimiento contractual, que no se adecua a los requisitos exigidos por la primera regla, será, no obstante, indemnizable, si las circunstancias especiales que conducen al acaecimiento de ese

---

<sup>12</sup> El caso fue, en efecto, decidido por un jurado pues, en el momento en que se dicta dicha sentencia, el cuerpo de jueces era demasiado reducido para hacer frente a todos los casos. Vid. DANZIG: «*Hadley v. Baxendale*» (1975) 4 *J. Legal Studies* 249.

daño eran conocidas por ambas partes al haber sido comunicadas por el demandante al demandado en el momento de la celebración del contrato<sup>13, 14</sup>.

Volviendo al caso resuelto por la sentencia, y aplicando al mismo las pautas a las que nos acabamos de referir, el juez consideró que el lucro cesante reclamado por los propietarios del molino no era un daño que se derivase naturalmente del incumplimiento del contrato: por tanto, no se satisfacían los requisitos de la primera regla. El supuesto tampoco encajaba en la segunda regla, pues el propietario del molino no comunicó las especiales circunstancias del caso a los transportistas.

A pesar de que *Hadley v. Baxendale* siga considerándose el *leading case* en el tema que nos ocupa<sup>15</sup>, la doctrina inglesa es consciente de sus defectos. Así, en el año 1980, Beale afirmaba lo siguiente:

*«However there are questions which may be asked about the rule. The first is whether it is sufficiently certain. (...) it is often no easy to advise a party what his potential liability is. The first difficulty is the vagueness of the concept “usual losses”. (...) A second difficulty is over exactly what must be foreseeable, whether as a usual result or on the basis of special circumstances. (...) A third difficulty which causes uncertainty is over the required degree of likelihood of a type of loss occurring (...). The second question about Hadley v. Baxendale is whether the rule is too generous. (...) The third question about Hadley v. Baxendale is whether in some respect is too mean to the victim»*<sup>16</sup>.

Más recientemente, McGregor ha puesto de manifiesto que:

*«(...) the abundance of phraseology and the breakdown of the rule into parts, led to confusion (...)»*<sup>17</sup>.

Las incertidumbres apuntadas por los autores citados intentaron ser superadas por los dos casos a los que nos referimos a continuación: *Victoria Laundry v. Newman* y *The Heron II*.

<sup>13</sup> Sobre la eficiencia económica de esta regla *vid.* POSNER: *Economic Analysis of Law*, 3ª ed. 1986, p. 114.

<sup>14</sup> Actualmente se oyen voces que reclaman la unificación de ambas reglas en una. Sobre este tema, *vid.* TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 121; MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 218 a 221.

<sup>15</sup> La influencia del CC francés en la resolución de este caso y en la formulación de la regla de la previsibilidad ha sido puesta de manifiesto en varias ocasiones. Por todos, TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 121.

<sup>16</sup> BEALE, H.: *Remedies for breach of contract*, 1980, pp. 180 a 187.

<sup>17</sup> MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 202.

El caso *Victoria Laundry v. Newman* introdujo en el año 1949 dos nuevas pautas para aplicar las reglas formuladas en *Hadley*.

El litigio tenía su origen en el incumplimiento de un contrato de compraventa de una máquina industrial: en concreto, los vendedores la entregaron con retraso a los compradores, propietarios de una tintorería. Aquéllos conocían el tipo de negocio al que se dedicaban éstos y la prontitud con la que necesitaban la máquina. Los compradores solicitaban el lucro cesante correspondiente a los contratos que habían perdido como consecuencia del retraso. Entre dichos contratos se encontraba uno especialmente lucrativo.

El tribunal estimó la demanda parcialmente: otorgó el lucro cesante correspondiente a los contratos que ordinariamente una tintorería celebra; en relación con el contrato especialmente lucrativo, sólo se indemnizó hasta la cuantía considerada usual.

El tribunal reestructuró las reglas de *Hadley* en el sentido que a continuación se expone.

En primer lugar, para que el daño sea indemnizable, por no ser demasiado remoto, debe ser razonablemente previsible (*reasonable foreseeable*) en el momento de la celebración del contrato. Dijo el tribunal en concreto:

*«In cases of breach of contract the aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss actually resulting as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach.»*

Conforme a las líneas anteriores, un daño es indemnizable si en el momento de la celebración del contrato era razonablemente previsible que fuera a resultar de su incumplimiento.

¿Cómo se determina que las partes podían prever razonablemente un determinado tipo de daño? Para responder a esta pregunta, el tribunal formuló la siguiente regla, que se centra en el conocimiento de las circunstancias del caso adquirido por el deudor en el momento de la celebración del contrato. Y así, afirmó el tribunal:

*«What was at that time reasonably so foreseeable depends on the knowledge then possessed by the parties, or, at all events, by the party who later commits the breach.»*

El tribunal distinguió dos tipos de conocimiento, el imputado y el real, a los que se refirió en las líneas que a continuación transcribimos:

*«For this purpose, knowledge “possessed” is of two kinds; one imputed, the other actual. Everyone, as a reasonable person, is taken to know the “ordinary course of things” and consequently what loss is liable to result from such a breach of contract in that*

*ordinary course. This is the subject matter of the “first rule” in Hadley v. Baxendale. But to this knowledge, which a contract breaker is assumed to possess whether he actually possesses it or not, there may have to be added in a particular case knowledge which he actually possesses of special circumstances outside the “ordinary course of things” of such a kind that a breach in those special circumstances would be liable to cause more loss. Such a case attracts the operation of the “second rule” so as to make additional loss also recoverable.»*

Así pues, el denominado *conocimiento imputado* es aquel que se refiere a las circunstancias ordinarias del caso mencionadas en la primera regla de *Hadley*: se presume *iuris et de iure* que un sujeto conoce las circunstancias que, conforme al curso ordinario de los acontecimientos, implican que un incumplimiento cause un tipo de daño. El denominado *conocimiento real*, sin embargo, no se presume: debe probarse que el deudor efectivamente conocía aquellas circunstancias especiales que justifican que en un caso concreto el incumplimiento cause unos daños que van más allá de lo ordinariamente previsible.

Nótese, entonces, que a partir de *Victoria Laundry v. Newman* los conceptos básicos que deben manejarse para determinar si un daño no es demasiado remoto son dos: (1) la razonable previsibilidad del daño; y (2) el conocimiento de las circunstancias, ordinarias o especiales, por parte del deudor incumplidor.

Es indemnizable lo que es previsible; y lo que es previsible depende del conocimiento existente en el momento de la celebración del contrato. El conocimiento de lo que es previsible conforme a las circunstancias ordinarias se presume siempre: de dichos daños responde el deudor en cualquier caso. El conocimiento del daño previsible conforme a las circunstancias especiales del caso no se presume nunca: se responde de este tipo de daño siempre y cuando el deudor conociera efectivamente dichas circunstancias especiales.

Falta, sin embargo, responder a una pregunta ulterior: ¿cuándo un daño es razonablemente previsible? La respuesta a esta cuestión la encontramos en el pasaje que a continuación transcribimos:

*«Nor, finally, to make a particular loss recoverable, need it be proved that upon a given state of knowledge the defendant could, as a reasonable man, foresee that a breach must necessarily result in that loss. It is enough... if he could foresee it was likely so to result. It is indeed enough if the loss (or some factor without which it could have not occurred) is a “serious possibility” or a “real danger”. For short, we have used the word “liable” to result. Possibly the colloquialism “on the cards” indicates the shade of meaning with some approach of accuracy.»*

Obsérvense las sutilezas lingüísticas de las que está impregnado el párrafo reproducido: para determinar cuándo un daño es razonablemente previsible se utilizan diversas expresiones cuyo distinto significado y, sobre todo, su diferente alcance práctico, no dejan de ser tarea *cuasi* imposible. Intentaremos, no obstante, desgranar el sentido de las diversas expresiones. Razonablemente previsible no significa prever que el daño se derivará necesariamente del incumplimiento [(it does not mean that) a breach must necessarily result in that loss]. Es suficiente que, conforme al conocimiento imputado o real, según el caso, el daño en concreto se prevea como una seria posibilidad (*serious possibility*), como un peligro real (*real danger*). En definitiva, concluye el tribunal, basta que el acaecimiento del daño como consecuencia del incumplimiento fuera perfectamente posible (*on the cards*)<sup>18</sup>.

En el caso *The Heron II*, los Lords criticaron la expresión *reasonable foreseeable*, utilizada en *Victoria Laundry v. Newman*. Para los magistrados, el nivel de previsibilidad exigido en el Derecho contractual<sup>19</sup> no se corresponde con dicha expresión. El test apropiado que debe aplicarse es el siguiente:

«*whether the loss in question is of a kind which the defendant, when he made the contract, ought to have realised was not unlikely to result from the breach.* [...] the words “not unlikely” [...] denoting a degree of probability considerably less than an even chance but nevertheless not very unusual and easily foreseeable.»

Así pues, el daño no es demasiado remoto si, en el momento de la celebración del contrato y conforme al conocimiento, real o imputado, de las circunstancias su acaecimiento no es inverosímil (*not unlikely*).

En el caso concreto se consideró superado el citado test. Los hechos fueron los siguientes: los transportistas entregaron con retraso un cargamento de azúcar a los demandantes. Estos solicitaban la diferencia entre el precio de mercado del azúcar en el momento en que tenía que haber sido entregado y el precio de mercado en el momento en que efectivamente lo recibieron.

Tras este breve repaso a los tres principales casos a partir de los que se ha construido la regla de la *remoteness rule* podemos concluir que el deudor incumplidor responde, a falta de conocimiento

<sup>18</sup> Sobre este caso volveremos más adelante, pues en él se realiza una distinción entre lucros cesantes ordinarios y lucros cesantes extraordinarios, de gran relevancia en *The Achilleas* (vid. infra epígrafe 3.3.).

<sup>19</sup> El tribunal considera que dicho test es aplicable únicamente en caso de *tort*.

de las circunstancias especiales del caso, de todos aquellos daños que ordinariamente se deriven del incumplimiento<sup>20</sup>.

La construcción de la regla en los términos expuestos ha conducido a la doctrina inglesa tradicional a centrarse en las siguientes dos cuestiones: (1) si el daño es *not unlikely*; (2) cuáles son las circunstancias que el deudor conocía o tenía que conocer en el momento de la celebración del contrato.

Obsérvese que se trata de dos cuestiones puramente fácticas que, como tales, dependerán en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Comprobémoslo en las líneas que siguen.

## 1.2 Primera cuestión: daño *not unlikely*. El tipo de daño

¿Cuándo cabe calificar un daño de *not unlikely*? Si un daño es previsible pero no lo es su extensión, ¿es indemnizable conforme a la *remoteness rule*?

La calificación de un daño como *not unlikely* es una cuestión que varía conforme a las circunstancias de cada caso<sup>21</sup>. Con este punto de partida, no debe extrañar la ausencia de unas pautas claras que den respuesta a la pregunta planteada. En los casos invocados al efecto por la doctrina inglesa, de los que damos cuenta a continuación, el tribunal se limita a analizar las particularidades del caso concreto resuelto: la solución aportada es, por tanto, difícilmente extrapolable a supuestos distintos.

Y así, en el ya citado caso *Victoria v. Newman* se afirmó que no es razonablemente previsible el daño derivado de la pérdida de un contrato especialmente lucrativo; como se recordará, se indemnizó una cuantía equivalente al lucro cesante derivado de los contratos que, de ordinario, una tintorería suele celebrar<sup>22</sup>.

En *Monarch S.S. Co v. Karlshmans Oljefabriker*<sup>23</sup> los demandados no entregaron a tiempo un barco al demandante; el retraso provocó que el barco no llegara a su destino, en Suecia, antes de la explosión de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia del inicio del evento bélico las autoridades ordenaron que el barco se trasladara a Glasgow. El tribunal consideró que el deudor estaba obligado a indemnizar el coste del traslado del barco, pues el deudor debía haber previsto que la guerra podría estallar durante la

<sup>20</sup> En la resolución del *Achilleas* Lord Rodger afirma, en concreto: «*In any event, amidst a cascade of different expressions, it is important not to lose sight of the basic point that, in the absence of special knowledge, a party entering into a contract can only be supposed to contemplated the losses which are likely to result from the breach in question – in other words, those losses which will generally happen in the ordinary course of things if the breach occurs*» (§52).

<sup>21</sup> Así lo reconoce el propio MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 210.

<sup>22</sup> *Vid. supra*. Epígrafe 1.1.

<sup>23</sup> (1949) AC 196.

travesía y que, por tanto, el retraso en la entrega del barco provocaría los gastos de traslado<sup>24</sup>.

En *The Heron II* se consideró previsible que la entrega de las mercancías con retraso causara al acreedor un daño consistente en la pérdida de un mercado favorable<sup>25</sup>.

En *Jackson v. Royal Bank of Scotland*<sup>26</sup> el Banco había enviado erróneamente unos documentos pertenecientes a los demandantes, dedicados a la importación, a un cliente de éstos. El cliente, a la vista de la información contenida en dichos documentos, que revelaba el amplio margen de beneficio de los importadores, decidió contratar directamente con el suministrador. La *House of Lords* no consideró imprevisible la terminación del contrato entre el importador y su cliente como consecuencia de la revelación de los datos por parte del Banco.

Probablemente la sensación que queda al lector foráneo tras la lectura de los casos citados es de absoluta incertidumbre: no cabe extraer una conclusión general que se abstraiga de las circunstancias concretas de cada caso. Falta, en definitiva, una regla que quepa extrapolar a la generalidad de supuestos. Ciertamente, no podía ser de otro modo, pues determinar si un daño es *not unlikely* es una cuestión de hecho que, como tal, depende de las circunstancias del caso.

En ocasiones el tipo de daño causado por el incumplimiento es previsible conforme a las circunstancias del caso, pero no puede decirse lo mismo de su extensión. Ante esta clase de supuestos, se plantea la cuestión relativa a si la previsibilidad debe predicarse también de la extensión del daño. Y a este propósito se distingue entre el daño físico y el daño económico.

En relación con el daño físico se afirma que, siendo previsible el tipo de daño, resulta indiferente que su extensión no lo sea<sup>27</sup>. Los siguientes dos casos ilustran claramente las ideas apuntadas.

En *Vacwell Engineering Co v. B.D.H. Chemicals Ltd*<sup>28</sup> los demandados, suministradores de un producto químico, no habían advertido del peligro de explosión al contacto del producto con el agua. El contacto se produjo y una letal explosión causó daños en la propiedad del demandante: se consideró que el daño no era demasiado remoto aunque lo razonablemente previsible era una explosión de menor entidad.

<sup>24</sup> Este caso es uno de los más significativos en relación con otro de los principios citados «intervening events», *vid.* MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 197 y 198.

<sup>25</sup> Sobre los hechos concretos *vid.* supra epígrafe 1.1.

<sup>26</sup> (2005) 1 W.L.R. 377 HL.

<sup>27</sup> «It is submitted that, in contract as in tort, it should suffice that, if physical injury or damage is within the contemplation of the parties, recovery is not to be limited because the degree of physical injury or damage could not been anticipated», MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 213.

<sup>28</sup> (1971) 1 Q.B. 88.

En *H Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd*<sup>29</sup> el suministrador e instalador de un contenedor de comida para cerdos olvidó abrir el ventilador. Como consecuencia de ello, parte de la comida se estropeó. Nadie podía prever que la comida en dicho estado pudiera causar la muerte de los cerdos; de hecho, el granjero, a pesar de haberse percatado del estado de la comida, no dudó en dársela a los animales. Inexplicablemente, la falta de ventilación había infectado la comida con una bacteria mortal para los cerdos y cientos de ellos murieron. El tribunal falló en favor del granjero demandante: el suministrador e instalador del contenedor respondió por la muerte de todos los cerdos. Para el Juez Scarman no era imprevisible que la comida en mal estado afectara de algún modo a los cerdos; el hecho de que el resultado final fuera imprevisible (su muerte) no cambiaba el tipo de daño<sup>30</sup>.

La regla en virtud de la cual siendo previsible el tipo de daño es indiferente que su extensión no lo sea, no es de aplicación tan clara cuando nos enfrentamos a daños económicos<sup>31</sup>.

En efecto, en ocasiones, la cuantía del daño reclamado es tan inesperadamente amplia que los tribunales lo califican como un tipo de daño distinto.

Piénsese en el tantas veces citado caso *Victoria Laundry v. Newman*: como se recordará, en él se indemnizó el lucro cesante correspondiente a los contratos ordinarios que los demandantes habían celebrado y que perdieron como consecuencia del retraso en la entrega de la máquina. Sin embargo, el contrato especialmente lucrativo que habían celebrado no fue indemnizado en su totalidad. El tribunal consideró que el lucro cesante derivado de un contrato especialmente lucrativo es un tipo de daño distinto al lucro cesante derivado de un contrato ordinario.

Como contrapunto a *Victoria Laundry v. Newman*, cabe traer a colación *Wroth v. Tyler*<sup>32</sup> y el ya citado *Jackson v. Royal Bank of Scotland*, en los que, siendo el daño previsible, se consideró indiferente que no lo fuera su extensión.

<sup>29</sup> (1978) QB 791. Sobre este caso *vid.* la interpretación de la doctrina moderna (infra epígrafe 2.2.2.).

<sup>30</sup> Este razonamiento se critica duramente por TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, pp. 122 y 123.

<sup>31</sup> Como se pone de manifiesto en la última edición de CHITTY *On Contracts*, 2009, § 26-058: «The application of the test for remoteness to a particular set of facts depends largely on the judicial discretion to categorise losses into broad categories, without requiring any contemplation of the precise manner in which the loss was caused, or of the precise details of the loss. However, when a particular loss is likely to be extensive, it seems that the courts may be inclined to pay more attention to the likelihood of the precise combination of circumstances which caused it to occur».

<sup>32</sup> (1974) Ch 30.

En *Wroth v. Tyler*<sup>33</sup> el vendedor de una casa no la entregó a los compradores; éstos reclamaban la diferencia entre el precio de mercado de una casa de similares características y el que habían pagado en su momento al vendedor. El precio de las casas en dicho intervalo de tiempo se había incrementado considerablemente: ello no fue óbice para que el tribunal estimara la demanda.

En *Jackson v Royal Bank of Scotland* el importador, cuyos documentos habían sido enviados erróneamente por el Banco al cliente, probó el lucro cesante correspondiente a cuatro años de contrato. La *Court of Appeal* consideró previsible únicamente el lucro cesante correspondiente a un año de contrato entre importador y cliente. La *House of Lords*, sin embargo, afirmó que, siendo previsible la terminación del contrato entre importador y cliente y, por tanto, el lucro cesante a él vinculado, debía indemnizarse la totalidad del mismo.

Tal y como habrá podido observarse, no es una cuestión pacífica el alcance de la indemnización de aquellos daños económicos cuya cuantía supera lo ordinariamente previsible<sup>34</sup>. Puede afirmarse, sin embargo, que la regla establecida en *Jackson v Royal Bank of Scotland* es la que actualmente prevalece.

### 1.3 Segunda cuestión: el conocimiento de las circunstancias del caso

Desde la perspectiva tradicional, para determinar si un hombre razonable habría previsto que el daño finalmente producido se derivaría del incumplimiento, hay que partir del conocimiento de las circunstancias del caso del que el deudor disponía en el momento de la celebración del contrato<sup>35</sup>. Como hemos tenido ocasión de apuntar, el conocimiento de las circunstancias puede ser, siguiendo el caso *Victoria Laundry v. Newman*, imputado o real: se imputa al deudor el que se refiere a las circunstancias ordinarias del caso; debe ser probado el relativo a las circunstancias especiales.

#### 1.3.1 EL CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ORDINARIAS

No existen reglas claras sobre cuáles son las circunstancias cuyo conocimiento cabe imputar al deudor incumplidor. Parece que los factores que suelen tenerse en cuenta para llegar a una deci-

<sup>33</sup> (1974) Ch 30.

<sup>34</sup> Falta en el Derecho inglés una regla similar a nuestro artículo 1103 CC que, como es sabido, permite a los tribunales moderar la cuantía de la indemnización.

<sup>35</sup> MCGREGOR considera absolutamente erróneo tener en cuenta el conocimiento adquirido por el deudor con posterioridad a la celebración del contrato (MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 225).

sión son los siguientes: (1) la profesión de las partes; (2) las fluctuaciones y la disponibilidad del mercado.

Por lo que se refiere a la profesión de las partes, en *Monarch S.S. Co v. Karlshmans Oljefabriker*<sup>36</sup> se afirmó que todo profesional debe conocer el curso de los negocios en general y el negocio de la otra parte en particular. Sin embargo, parece que no cabe llevar esta afirmación hasta el extremo, como demuestra el caso *Balfour Beatty Construction (Scotland) Ltd v. Scottish Power*<sup>37</sup>.

En el supuesto concreto, los demandantes estaban construyendo una carretera y un acueducto; los demandados se ocupaban del suministro de la electricidad en la planta en la que se mezclaba el hormigón necesario para la obra. Cuando el acueducto estaba casi finalizado un fallo en el suministro eléctrico provocó, no sólo la paralización de la obra, sino también la necesidad de demolerla y comenzarla de nuevo.

Los demandantes reclamaban el coste de demolición y de reconstrucción de la obra. La *House of Lords* desestimó la demanda argumentando que los demandados podían prever que la falta de suministro de electricidad provocaría la interrupción de la obra pero no, desde luego, su demolición y reconstrucción. Para el tribunal, la clave se situaba en que no podía exigirse a los demandados conocer los detalles del negocio de los demandantes. Lord Jauncey afirmó lo siguiente:

*«It must always be a question of circumstances what one contracting party is presumed to know about the business activities of the other. No doubt the simpler the activity of the one, the more readily can it be inferred that the other would have reasonable knowledge thereof. However, when the activity of A involves complicated construction or manufacturing techniques, I see no reason why B who supplies a commodity which A intends to use in the course of those techniques should be assumed, merely because of the order for the commodity, to be aware of the details of all the techniques undertaken by A and the effect thereupon of any failure of or deficiency in that commodity. Even if the Lord Ordinary had made a positive finding that continuous pouring was a required part of industrial practice it would not follow that in the absence of any other evidence suppliers of electricity (...) should have been aware of that practice».*

Tal y como habrá podido comprobarse a partir de las palabras de Lord Jauncey, la exigencia de conocer las circunstancias vinculadas a la profesión de las partes se hace depender, de nuevo, de las circunstancias de hecho del caso específico: en concreto, de la mayor o menor sencillez de la actividad profesional desarrollada por el demandante.

<sup>36</sup> (1949) AC 196.

<sup>37</sup> 1994 S.C. (H.L.) 20.

Las circunstancias del mercado también forman parte del conocimiento imputado al deudor incumplidor. En concreto, éste tiene que conocer que los daños sufridos por el acreedor pueden variar de acuerdo con el estado del mercado<sup>38</sup>; del mismo modo, el suministrador que no entrega los bienes debe saber que el acreedor puede no contar con un mercado disponible en el que adquirir las mercancías.

### 1.3.2 EL CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

El conocimiento de las circunstancias especiales del caso concreto, que justifican la previsibilidad de un determinado tipo de daño, debe ser real; esto es, no se presume que el deudor cuenta con ese conocimiento.

La primera regla a este respecto es que la comunicación de las circunstancias especiales del caso debe provenir del acreedor, esto es, que la adquisición casual de un conocimiento por parte del deudor no implica su responsabilidad por los daños derivados de estas circunstancias especiales.

Una vez constatado que el acreedor comunicó al deudor la existencia de las circunstancias especiales del caso, ¿es esto suficiente para entender que el deudor responde de los daños derivados del incumplimiento y previsibles conforme a dichas circunstancias especiales? Los tribunales ingleses se han pronunciado en algunas ocasiones al respecto, sin que exista una línea jurisprudencial clara al respecto<sup>39</sup>.

Y así, por una parte, en *British Columbia Saw Mill Co v. Nettleship*<sup>40</sup> se dijo que el mero conocimiento no basta para incrementar la responsabilidad del deudor: es necesario que éste haya asumido la responsabilidad vinculada a dichas circunstancias.

En concreto, el Juez Willes afirmó:

*«The mere fact of knowledge cannot increase liability. The knowledge must be brought home to the party sought to be charged, under such circumstances that he must know that the person he contracts with reasonably believes that he accepts the contract with the special conditions attached to it (...) Knowledge on the part of the carrier is only important if it forms part of the contract.»*

<sup>38</sup> *Interoffice Telephones v. Freeman* (1958) 1 QB 190 CA.

<sup>39</sup> Afirma TETTENBORN que parece existir acuerdo en que se necesita algo más que el mero conocimiento de las circunstancias especiales; el problema estriba en determinar en qué consiste ese requisito adicional (TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 125).

<sup>40</sup> (1868) LR 3 CP 499.

Sin embargo, en *The Heron II*, Lord UPJOHN se mostró absolutamente contrario a las afirmaciones anteriores: para el Lord, el mero conocimiento de las circunstancias especiales es suficiente para imputar al deudor la responsabilidad por los daños derivados de éstas.

Sus palabras concretas fueron las siguientes: «*If parties enter into the contract with knowledge of special circumstances, and it is reasonable to infer a particular loss as a result of those circumstances that is something which both must contemplate as a result of a breach. It is quite unnecessary that it should be a term of the contract*».

En fin, más recientemente, en *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*<sup>41</sup> el tribunal expresó la necesidad de que el demandado hubiera aceptado el riesgo vinculado a las circunstancias especiales comunicadas por el demandante para considerar asumida la responsabilidad vinculada a los daños derivados de ellas.

## II. REMOTENESS RULE: INTERPRETACIÓN MODERNA

La que hemos denominado «interpretación moderna» de la *remoteness rule* se construye sobre la base de una serie de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales recientes.

Entre las primeras, destacan las publicaciones de Adam Kramer<sup>42</sup>, Andrew Tettenborn<sup>43</sup> y Andrew Robertson<sup>44, 45</sup>.

Del mismo modo, cabe encontrar, al menos, dos antecedentes en la jurisprudencia inglesa: *Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co Ltd (sub nom South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd)*<sup>46</sup>, *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*<sup>47</sup>.

A todo lo anterior se añade la resolución del caso *Achilleas* por Lord Hoffmann y el artículo publicado por este último en el año 2010

<sup>41</sup> (2003) EWCA Civ 1112.

<sup>42</sup> KRAMER, A.: «An Agreement-Centred approach to Remoteness and Contract Damages», en *Cohen and Mckendrick (ed.) Comparative Remedies for Breach of Contract* (2004), pp. 249 a 286.

<sup>43</sup> TETTENBORN, A.: «Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond its Sell by Date», en (2007) 23 *Journal of Contract Law*, pp. 120 a 147.

<sup>44</sup> ROBERTSON, A.: «The basis of remoteness rule in contract», (2008) *Legal Studies*, pp. 172 a 196.

<sup>45</sup> A los que se añaden D. HARRIS, D. CAMPBELL y R. HALSON: *Remedies in Contract and Tort*, Cambridge, 2005. J. CARTWRIGHT: «Remoteness of damage in contract and tort: a reconsideration» (1996) 55 *CLJ* 488. F. DAWSON: «Reflections on certain aspects of the law of damages for breach of contract» (1995) 9 *Journal of Contract Law* 125.

<sup>46</sup> (1997) AC 191.

<sup>47</sup> (2003) EWCA Civ 1112.

como respuesta a la adversa reacción de parte de la doctrina inglesa tras la publicación de la sentencia<sup>48</sup>.

Pues bien, puede afirmarse que la doctrina moderna de la *remoteness rule* se construye sobre dos pilares básicos: (1) la demostración de que la interpretación tradicional, basada en la previsibilidad del daño, no explica adecuadamente por qué en determinados casos un daño es indemnizable y en otros no; en síntesis, se pone de manifiesto la «imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad»; (2) el contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable. Cada uno de estos pilares será analizado en las líneas que siguen.

## 2.1 La imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad

La regla de la previsibilidad se critica duramente desde su formulación inicial. Y así, en opinión de Lord HOFFMANN, al Juez Alderson no le parecía adecuado que el transportista de *Hadley v. Baxendale*, que había cobrado un precio de 2.4 libras, tuviera que hacerse cargo de las 50 libras correspondientes al lucro cesante sufrido por el propietario del molino como consecuencia del retraso en el transporte de la pieza. Para guiar al jurado hacia esta solución, el Juez Alderson utilizó la idea de la previsibilidad; el problema, apunta Lord Hoffmann, es que Alderson no tuvo en cuenta casos distintos al que se le planteaba: supuestos en que no parece razonable que un daño, aunque previsible, no sea indemnizable o, viceversa, casos en los que el daño, a pesar de ser imprevisible, debería ser indemnizable.

En la doctrina inglesa es ya clásico el ejemplo del pasajero de un taxi que, al reservarlo, indica que no llegar a tiempo a la reunión de negocios a la que se dirige le provocaría una pérdida millonaria<sup>49</sup>. Imaginemos que el taxista configura erróneamente su navegador y, en lugar de llevar al pasajero a Glasgow le conduce a Perth: ¿responde el taxista por la pérdida millonaria del pasajero? El sentido común avanza una respuesta negativa, pero, ¿acaso no era previsible el daño al conocer el taxista incumplidor las circunstancias especiales del caso (segunda regla de *Hadley*)?

En una línea similar, Lord Pearce se refirió al siguiente supuesto imaginario: celebrado un contrato de obra para reparar el tejado de un tribunal, el contratista actúa negligentemente y el techo se desploma sobre los asistentes a la vista celebrada ese día. Cualquier juez consideraría que dicho daño cumple la primera regla de *Hadley*. Sin embargo, si se toman en cuenta las noches, fines de semana y períodos de vacaciones en que el techo podía haber caído, las posibilidades de que se desplomara sobre alguien serían de 10 a 1.

<sup>48</sup> Lord HOFFMANN: «The Achilles: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, pp. 47 a 61.

<sup>49</sup> Ejemplo original de HARRIS, CAMPBELL & HALSON: *Remedies in Contract and tort*, 2.<sup>a</sup> ed., 2002, p. 97.

En definitiva, para Lord HOFFMANN la regla de la previsibilidad, creada para un caso concreto e incapaz de dar respuesta a todos los posibles casos que pueden darse en la práctica<sup>50</sup>, se ha extendido de manera impropia:

«*In real life—concluye Lord HOFFMANN— the single concept of foreseeability is an inadequate instrument for explaining all the cases*»<sup>51</sup>.

Tettenborn y Lord Hoffmann ponen de manifiesto que la propia práctica de los tribunales ingleses constituye una prueba de lo anterior, pues se han separado de las reglas de *Hadley* en aquellos casos en que parecía sensato hacerlo. Y así, (a) se han indemnizado daños imprevisibles; y (b) no se han indemnizado daños previsibles.

De los diversos casos citados<sup>52</sup>, aquí nos referiremos a *H PARSONS (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd*<sup>53</sup> y a *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*<sup>54</sup>. En el primer caso se indemnizó un daño absolutamente imprevisible; en el segundo, no se indemnizó un daño previsible.

Como se recordará, en *H Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd* la falta de ventilación de un contenedor de comida para cerdos infectó la comida allí contenida con una bacteria mortal que acabó con la vida de los porcinos propiedad del granjero demandante. A pesar de que la muerte de los animales era imprevisible el tribunal falló en favor del granjero demandante. Tal y como señalamos en su momento<sup>55</sup>, el caso suele explicarse desde la perspectiva de la previsibilidad del tipo de daño sufrido, que engloba la extensión del mismo, sea ésta previsible o no. Esta explicación, sin embargo, no convence a Lord Hoffmann<sup>56</sup> para quien:

«*The result was that, although it never occurred to anyone that failing to open the ventilator would cause the pigs to die, that was something which should have been contemplated in the ordinary course of things and so fell within the first rule in Hadley v. Baxendale.*»

<sup>50</sup> Afirma el Lord retirado: «The rule is not capable of meeting all cases [...] *It seems to me the time has come to look for a broader principle which can explain not only the, to speak, run of the mill cases like Hadley v. Baxendale but also the more puzzling cases like the Achilleas*». Lord HOFFMANN: «*The Achilleas: custom and practice or foreseeability?*», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 54.

<sup>51</sup> Lord HOFFMANN: «*The Achilleas: custom and practice or foreseeability?*», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 53.

<sup>52</sup> Todos ellos pueden verse en TETTENBORN, A.: «*Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?*», en *Journal of Contract Law*, 2007, pp. 121 a 126.

<sup>53</sup> (1978) QB 791.

<sup>54</sup> (2003) EWCA Civ. 1112.

<sup>55</sup> *Vid. supra*. Epígrafe 1.2.

<sup>56</sup> Lord HOFFMANN: «*The Achilleas: custom and practice or foreseeability?*», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 57.

En *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc* el Banco demandado incumplió su obligación de proveer de fondos a un cliente para que éste los invirtiera en un negocio inmobiliario; el destino del dinero era un dato conocido por el Banco. El daño era, pues, en virtud de la segunda regla de Hadley, previsible<sup>57</sup>. Sin embargo, el demandado no respondió por el lucro cesante sufrido por el cliente. El tribunal afirmó lo siguiente:

«*The authorities to which we were referred [...] demonstrate that the concept of reasonable foreseeability is not a complete guide to the circumstances in which damages are recoverable as a matter of Law. Even if the loss was a reasonably foreseeable as a consequence of the breach of the duty in question (or of contract, for the same principles apply), it may nevertheless be regarded as “too remote a consequence” or as not a consequence at all, and the damages claim is disallowed. In effect, the chain of consequences is cut off as a matter of Law, either because is regarded as unreasonable to impose liability for that consequence of the breach [The Pegase (...)], or because the scope of duty is limited as to exclude it [Banque Bruxelles SA v. Eagle Star (...)] or because as a matter of commonsense the breach cannot be said to have caused the loss, although it may have provided the opportunity for it to occur [...].*»

El tribunal manifiesta claramente con las palabras transcritas que la previsibilidad del daño no siempre es el factor más adecuado para determinar si dicho daño es indemnizable.

## 2.2 El contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable

Puede afirmarse que la idea de la previsibilidad del daño, construida en los términos de la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, no explica adecuadamente cuándo un daño es demasiado remoto. Y ello por dos razones: por un lado, se trata de una cuestión de hecho cuya determinación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto, lo cual impide formular una regla válida para una generalidad de supuestos<sup>58</sup>; por otro lado, el análisis de la jurisprudencia pone de manifiesto que no siempre es sensato indemnizar el daño previsible o no indemnizar el daño imprevisible.

<sup>57</sup> Recuérdese, sin embargo, que en el ámbito de la segunda regla de *Hadley* no queda claro que el mero conocimiento de las circunstancias especiales del caso sea suficiente para imputar responsabilidad al deudor incumplidor. *Vid. supra*. Epígrafe 1.3.2.

<sup>58</sup> TETTENBORN afirma a este respecto que las decisiones fundadas en la mera previsibilidad del daño son «*untidy combination of intuition and makeshift solutions*», «*Hadley v. Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?*», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 147.

¿Existe una alternativa a la regla de la previsibilidad del daño? La doctrina moderna considera que la opción se halla en el propio contrato celebrado por las partes en litigio. A partir de aquí, sin embargo, los caminos divergen: así, para algunos, la *remoteness rule* debe partir de la interpretación objetiva de la voluntad de las partes expresada en el contrato; para otros, sin embargo, en el contrato hay un vacío que el tribunal debe integrar.

### 2.2.1 LA INTERPRETACIÓN (OBJETIVA) DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Quienes abogan por construir la *remoteness rule* a través de la interpretación del contrato<sup>59</sup> adoptan una perspectiva objetiva; esto es, no tratan de averiguar las intenciones subjetivas de las partes, sino de extraer su voluntad a partir de un dato objetivo como es el contrato y, en particular, a partir de la finalidad de la obligación asumida (e incumplida) por la parte demandada<sup>60</sup>.

Y así, Lord Hoffmann afirma:

*«That seems to me the key to understanding the principles of remoteness of damage in contract. The question is: what obligation to make compensation for breach of contract would a reasonable observer understand the contracting party to have undertaken? In the ordinary way, that will be compensation for any loss which the parties would reasonably have regarded as likely to flow from the breach. But there may be cases in which a reasonable man would consider that a greater or lesser obligation was being accepted. In such cases is necessary to explain why the answer is different.»*

En síntesis: (1) un tipo de daño no es demasiado remoto si la parte incumplidora asumió la responsabilidad por dicho daño en el momento en que se celebró el contrato; (2) para determinar si se ha asumido la responsabilidad por un tipo de daño, hay que preguntar-

<sup>59</sup> A la idea de la interpretación del contrato responden las tesis de la *assumption of responsibility* de Lord HOFFMANN, *instrumental promises theory* de TETTENBORN y el *agreement centred approach* de KRAMER.

<sup>60</sup> Los críticos con esta corriente doctrinal parecen olvidar este importante detalle, como demuestran las palabras de ROBERTSON: *«It is commonly asserted that contractual agreements often say nothing about the consequences of breach because business people usually contemplate performance of their contractual obligations rather than the breach»*, *«The basis of remoteness rule in contract»*, (2008) *Legal Studies*, p. 176.

Lord HOFFMANN ya ha tenido ocasión de responder a dichas críticas en los siguientes términos: *«I think that this argument does not take account of the objective approach to the construction of contracts in English Law. When Lord Diplock in the Heron II said that both primary and secondary contractual obligations were consensual, he made it clear that what matters is not what a party actually intended but what “by his words and conduct at the time of the contract he has reasonably induced the other party to believe” that he was assenting to»*, *«The Achilles: custom and practice or foreseeability?»*, en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 60.

se cuál fue el riesgo del que se hizo cargo la parte incumplidora en el momento de la celebración del contrato; (3) la respuesta a la pregunta anterior debe partir necesariamente de la finalidad del deber incumplido, así como de la interpretación de las cláusulas del contrato, en particular, del precio<sup>61</sup>.

El test de la finalidad del deber incumplido fue aplicado por Lord HOFFMANN en el conocido caso *Banque Bruxelles Lambert SA v. Eagle Star Insurance Co Ltd (sub nom South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd)*<sup>62</sup>, situado en el ámbito del *Law of Torts*. Unos tasadores sobretasaron negligentemente un inmueble a un prestamista hipotecario. El prestatario incumplió su obligación de devolver el dinero prestado, precisamente en un momento en que el mercado inmobiliario se había colapsado; las pérdidas de los prestamistas fueron cuantiosas, pero no imprevisibles. En efecto, en la sentencia se reconoce expresamente que un colapso en el mercado inmobiliario era previsible; también se considera probado que el prestamista no habría sufrido las pérdidas cuantiosas reclamadas en el litigio, si los tasadores hubieran tasado correctamente, pues, los prestamistas, en tal caso, no habrían celebrado el contrato de préstamo. La *House of Lords* condenó a los tasadores demandados a indemnizar únicamente el daño derivado de la sobretasación; no respondieron, sin embargo, del daño derivado del colapso del mercado. La razón es que este daño no se encuentra dentro de la finalidad de la obligación incumplida por los tasadores.

Este mismo test se aplicó claramente en *Darby v. National Trust*<sup>63</sup>: en dicho caso, también ubicado en el *Law of Torts*, se incumplió el deber de advertir del peligro de nadar en un estanque. Sin embargo, no se respondió por la muerte de una persona que nadó ante la falta de advertencia; la finalidad del deber incumplido no era evitar la muerte por ahogamiento sino prevenir el contagio de una determinada enfermedad (el denominado “Mal de Weil”).

Lord Hoffmann se sitúa en la misma línea que la *instrumental promises theory* de TETTENBORN. Para el autor inglés las obligaciones asumidas en un contrato cumplen dos finalidades respecto de la parte acreedora: (1) por un lado, le otorgan el derecho al cumplimiento de la obligación asumida; (2) pero, por otro lado, también le procuran determinados beneficios asociados al cumplimiento de

<sup>61</sup> En relación con el precio, Lord HOFFMANN afirmó en la resolución del *Achilleas* lo siguiente: «*The view which the parties take of the responsibilities and risks they are undertaking will determine the other terms of the contract and in particular the price to be paid. Anyone asked to assume a large and unpredictable risk will require some premium in exchange. A rule of law which imposes liability upon a party for a risk which he reasonably thought was excluded gives the other party something for nothing*» (§13).

<sup>62</sup> (1997) AC 191.

<sup>63</sup> (2002) P.I.Q.R. P27.

dicha obligación. En consecuencia, serán indemnizables todos los daños asociados a la imposibilidad de obtener dicho beneficio<sup>64</sup>.

Parece conveniente comprobar cuál sería la aplicación práctica de las teorías expuestas: nos referiremos a tres casos que, en nuestra opinión, ilustran claramente las tendencias doctrinales cuyas líneas teóricas acaban de ser presentadas.

Comenzamos por un caso al que ya nos hemos referido en reiteradas ocasiones: *H Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd*.

La nueva perspectiva toma como punto de partida el contenido de la obligación asumida por el suministrador del contenedor de comida para cerdos: se trata de entregar el contenedor en un estado adecuado para contener la comida<sup>65</sup>. Si el contenedor no es adecuado para ello, responde de cualquier daño que se derive de ello, por muy improbable que sea su acacimiento<sup>66</sup>.

Retomemos ahora el caso hipotético del techo del tribunal que se desploma. La obligación del contratista consiste en construir un tejado seguro: si no lo es, y el desplome es buena prueba de ello, el contratista responde de todos los daños causados<sup>67</sup>.

Finalmente, nos referiremos al caso *Berryman v. Homeslow LBC*<sup>68</sup>, en el que los arrendadores de unos apartamentos incumplieron su obligación de arreglar el ascensor. Uno de los inquilinos se resbaló al subir las escaleras. Pues bien, los arrendadores no responden de los daños derivados de dicha caída porque, afirma Tettenborn, la obligación de mantener los ascensores tiene como

<sup>64</sup> En palabras del autor: «(...) *the availability of so-called consequential damages reflects, not some abstract open-ended commitment to compensate for losses resulting from the fact of breach of contract, but instead the need to allow the plaintiff to capture the particular instrumental benefit or benefits encapsulated in the promise concerned.*

*The effect of this principle on the measure of recovery is not difficult to see. If it is right, damages are justified to the extent that, and only to the extent that, they compensate for the non-receipt of such a benefit*», TETTENBORN, A.: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 135.

<sup>65</sup> Afirma TETTENBORN «*The ulterior object of a promise to supply proper pig food container is to preserve the buyer's pigs' well being*», «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 139.

<sup>66</sup> TETTENBORN: «Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, p. 140: «*Once it is accepted that the object of contracting for a working feed hopper is to secure the buyer against porcine illness resulting from defects in it, then, if illness results the seller is liable for it and its consequences without the need to argue whether the illness actually suffered was or was not one that could have been foreseen*».

Lord HOFFMANN, «The Achilleas: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 57: «*If the hopper was unsuitable, the vendor would be liable to compensate the farmer for any damage which it caused to his pigs*».

<sup>67</sup> Lord HOFFMANN: «The Achilleas: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010 p. 55: «*In other words, in such a case, the obligation to pay compensation for defective work which the contractor would reasonably be regarded as having accepted would be defined simply in terms of a causal relationship with the contractual objective (having a ceiling which did not fall down) and not in terms of probability*».

<sup>68</sup> (1997) PIQR p. 83.

finalidad proteger a los inquilinos de quedar atrapados en el ascensor o de ser dañados al quedar bloqueados en un ascensor estropeado; la finalidad de dicha obligación no es, sin embargo, protegerles de los posibles daños que puedan sufrir utilizando la escalera.

## 2.2.2 LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

En opinión de Robertson la *remoteness rule* expresa, no ya una implícita distribución de riesgos, sino una justa distribución de riesgos (*fair allocation of risks*). Es el tribunal quien, a la vista del vacío existente en el contrato, determina los daños indemnizables.

El autor es consciente del peligro y la crítica principal que puede recibir su tesis: la excesiva discrecionalidad del juez. Para evitarla, Robertson elabora una serie de criterios que, a su juicio, el tribunal debería tener en cuenta para establecer qué distribución de riesgos es justa en un determinado caso. Se trata, en concreto, de los siguientes factores: (1) el incumplimiento doloso<sup>69</sup> del deudor; (2) el grado de desproporción entre el daño y el beneficio que el deudor recibe del contrato<sup>70</sup>; (3) los usos del comercio; (4) la posibilidad de aseguramiento del daño; (5) la posibilidad del deudor de limitar su responsabilidad mediante una cláusula contractual expresa.

Y así, (1) el carácter doloso del incumplimiento del deudor justifica, a juicio del autor, la imputación de los daños causados, hayan sido éstos contemplados por las partes o no. Por el contrario, (2) la existencia de una desproporción entre el beneficio recibido por el deudor y el daño reclamado es un claro indicativo de la injusticia que representaría condenarle a la indemnización de dicho daño, con independencia de su carácter previsible. Si los usos aplicables al caso (3) se pronuncian sobre los daños indemnizables, el tribunal no debería separarse de ellos. La posibilidad del deudor de asegurar el daño (4) es un factor indicativo de la justa colocación del riesgo por el daño a cargo del deudor. En fin, no haber pactado una cláusula de limitación de responsabilidad (5) habiendo podido hacerlo justifica, a juicio de Robertson la responsabilidad del deudor por ese daño.

<sup>69</sup> A la vista de lo que ROBERTSON entiende por *culpability* parece que se está refiriendo a casos en los que el deudor incumple dolosamente el contrato. Dice en concreto el autor: «*The most significant issue here is whether a defendant who has deliberately breached a contract should be liable for loss that fall outside reasonable contemplation*». Además, el autor invoca el artículo 9:503 de los PECL. «*The basis of remoteness rule in contract*», (2008) *Legal Studies*, p. 192.

<sup>70</sup> El autor se inspira a este propósito en la s. 351 (3) del *Restatement of Contracts* estadounidense, en virtud del cual el tribunal puede limitar la indemnización «*if it concludes that, in the circumstances, justice so requires in order to avoid disproportionate compensation*».

### III. **THE ACHILLEAS: LA DIVISIÓN DOCTRINAL LLEGA A LA HOUSE OF LORDS.**

En la resolución del caso *Achilleas* por la *House of Lords* y por las instancias inferiores cabe encontrar las dos interpretaciones de la *remoteness rule* de las que nos hemos ocupado en las líneas anteriores: la tradicional y la moderna.

Quienes adoptan una perspectiva tradicional hacen girar el caso en torno a si el lucro cesante reclamado por los demandantes era lo suficientemente previsible como para considerarlo *not unlikely* conforme al conocimiento del que disponían los demandados.

Sin embargo, para quienes intentan dar un paso más en la formulación de la *remoteness rule*, la clave es otra: la pregunta que hay que formularse es si la parte demandada asumió la responsabilidad por el lucro cesante reclamado.

Antes de analizar la fundamentación jurídica del caso conviene recordar cuáles fueron los hechos que le dieron origen, así como su íter procesal.

#### 3.1 **Los hechos**

En el *Achilleas* se parte del incumplimiento, constatado y aceptado por ambas partes, de un contrato de flete: en concreto, los fletadores (*Transfield Shipping*) devolvieron el buque (*Achilleas*) a sus propietarios (*Mercator Shipping*) con nueve días de retraso. El litigio se centra en la indemnización debida por los fletadores a los propietarios.

*Transfield* estaba obligado a devolver el *Achilleas* a sus propietarios el 2 de mayo de 2004. El 21 de abril del mismo año los propietarios celebraron un nuevo contrato de flete sobre el mencionado buque con otros fletadores (*Cargill*). Son tres los datos que interesa destacar del mencionado contrato: (1) su celebración tuvo lugar en un momento en el que las condiciones del mercado eran muy favorables para los propietarios del buque; (2) se pactó expresamente que los propietarios entregarían el buque a *Cargill* el 8 de mayo de 2004, por tanto, seis días después de la fecha máxima de restitución pactada con los primeros fletadores; (3) en caso de que los propietarios no entregasen el buque en la fecha límite pactada, los fletadores podrían cancelar el contrato.

*Transfield* devolvió el *Achilleas* el 11 de mayo de 2004. Así pues, los propietarios no pudieron entregar el buque a *Cargill* en la fecha máxima pactada.

El 5 de mayo, cuando ya era evidente que el buque no estaría en poder de los propietarios el día 8 del mismo mes, éstos renegociaron el contrato con *Cargill*, con el objeto de evitar la ejecución de la ya mencionada cláusula que permitía a este último la cancelación del contrato. El resultado de la renegociación se tradujo en una considerable rebaja del precio a cambio de la posposición de la fecha de entrega del buque. En concreto, el precio original de 39.500 dólares americanos por día se rebajó a 31.500 dólares americanos por día. Como se habrá observado, las condiciones del mercado habían cambiado considerablemente en detrimento de los propietarios respecto a la fecha en que se había pactado el precio original.

Los propietarios reclamaron a los primeros fletadores una indemnización correspondiente al lucro cesante sufrido como consecuencia del retraso en la devolución del buque: en concreto, solicitaron la diferencia entre el precio originalmente pactado con *Cargill* y el renegociado, multiplicada por toda la vida del contrato; siendo la diferencia de 8.000 dólares por día, el montante total reclamado en la demanda ascendía a 1.364.584,37 dólares.

Los fletadores demandados, sin embargo, aducían que la indemnización debía limitarse a la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato de flete incumplido, multiplicada por los nueve días de retraso. La indemnización ascendería, entonces, a un total de 158.201,17 dólares.

No hará falta subrayar la importante diferencia, de más de un millón de dólares, entre una indemnización y otra.

### 3.2 El iter procesal y el fallo de la *House of Lords*

El caso se sometió en primer lugar a arbitraje; la decisión de la mayoría de los árbitros, favorable a los propietarios, fue recurrida por los fletadores, primero ante la *Commercial Court* de la *Queen's Bench Division* y después ante la *Court of Appeal*<sup>71</sup>. Ambos recursos fueron desestimados, confirmando así el criterio de la mayoría de los árbitros. La *House of Lords*, ante la que los fletadores interpusieron un nuevo recurso, falló, sin embargo, en favor de estos últimos.

<sup>71</sup> Sobre la decisión de la *Court of Appeal* vid. J. SUNDARAM: «Is the Court of Appeal decision in *The Achilleas* good Law?», *The Denning Law Journal*, 2008, pp. 187 a 195; J. WEALE: «Dogs that didn't bark», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2008, pp. 6 a 13; R. HALSON: «Time charters, damages and remoteness», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2008, pp. 119 a 123.

Aunque la conclusión a la que llegaron todos los Lords<sup>72</sup> es la misma (los fletadores no deben indemnizar el lucro cesante reclamado por los propietarios) el razonamiento jurídico seguido no es el mismo<sup>73</sup>. En efecto, por un lado, Lord Rodger y Baroness Hale adoptaron una perspectiva tradicional; por otro lado, Lord HOFFMANN, seguido, en mayor o menor medida, por Lord Hope y Lord Walker, introdujo en la *House of Lords* el sentir de las corrientes doctrinales más modernas<sup>74</sup>.

¿En dónde difieren los fundamentos jurídicos de los Lords? La diferencia fundamental radica en la interpretación de la primera regla de *Hadley*.

En opinión de Lord Rodger la pregunta que hay que formularse para determinar si el lucro cesante reclamado por los propietarios es indemnizable es la siguiente: ¿se trata de un tipo de daño *not unlikely*? La cuestión fue respondida negativamente: el lucro cesante reclamado por los propietarios del buque no era previsible; no se cumplía, pues, la primera regla de *Hadley*. Nótese, sin embargo, que, ante la misma pregunta, la mayoría de los árbitros, el Juez de la *Queen's Bench Division* y la *Court of Appeal* respondieron en sentido contrario fallando, como ya hemos señalado, en favor de los propietarios. Pero sobre este tema volveremos en el siguiente epígrafe.

Lord Hoffmann, sin embargo, considera que hay que formular una pregunta adicional: en efecto, no sólo hay que analizar si el tipo de daño es *not unlikely*, sino que, además, resulta imprescindible determinar si existió una *assumption of responsibility* por parte de los fletadores en el momento de la celebración del contrato. Para Lord Hoffmann el lucro cesante reclamado era previsible; ahora bien, no cabe afirmar que los fletadores asumieron la responsabilidad por este tipo de daño en el momento de la celebración del contrato.

### 3.3 Las fluctuaciones del mercado y los usos

Entre los hechos de la *Achilleas* destacan los siguientes dos factores: (1) las fluctuaciones del mercado; y (2) los usos vigentes en el sector naviero.

<sup>72</sup> BARONESS HALE no esconde sus incertidumbres y sus dudas acerca de la justicia de esta solución. En concreto, puede leerse lo siguiente: «*Therefore, if this appeal is to be allowed, as to which I continue to have doubts [...]*», § 93.

<sup>73</sup> No podemos, sin embargo, compartir la observación de J. O'SULLIVAN para quien, al llegar todos los Lords a la misma solución, carece de trascendencia que sus razonamientos fueran distintos, «*Damages for lost profits for late redelivery: how remote is too remote?*», *CLJ*, 2009, p. 36.

<sup>74</sup> Podemos afirmar que LORD RODGER y LORD HOFFMANN son quienes lideran ambas corrientes en la *House of Lords* por lo que, a partir de ahora, y con el objeto de evitar una lectura demasiado engorrosa del texto, nos referiremos exclusivamente a ellos.

Como consecuencia del primero de los factores señalados, la cuantía a la que ascendía el lucro cesante reclamado por los propietarios era considerablemente elevada ya que las condiciones del mercado, inusualmente favorables para los propietarios cuando celebraron el flete con *Cargill*, cambiaron radicalmente cuando tuvieron que renegociar el precio del contrato.

Por otro lado, conforme a los usos y tal y como admitieron los propios árbitros, el daño indemnizable como consecuencia de la devolución de un buque con retraso ascendía a la diferencia entre el flete y el precio de mercado durante los días de demora.

Ambos factores se tuvieron en cuenta por Lord Hoffmann al aplicar las corrientes doctrinales modernas al caso concreto. Sólo el primero de ellos influyó en Lord Rodger, a quien nos referiremos en primer lugar.

Utilizando el lenguaje de la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, diríamos que el lucro cesante consistente en la pérdida de un contrato de flete cuyo comienzo estaba previsto unos días después de la finalización de uno anterior, es un daño previsible: nadie, ni siquiera *Transfield*, podría discutir que todo propietario que fleta un buque tiene preparado el siguiente contrato. Lo que no es previsible, sin embargo, es la elevadísima cuantía a la que ascendió el lucro cesante sufrido por *Mercator*; en otras palabras, el tipo de daño era previsible, pero no lo era su extensión. Como se recordará<sup>75</sup>, desde *Jackson v. Royal Bank of Scotland*, se afirma que si el tipo de daño económico reclamado es previsible, se indemniza en su totalidad, con independencia de su extensión. Por esta razón, una aplicación ortodoxa de la interpretación tradicional de la *remoteness rule* debería haber conducido a estimar la demanda<sup>76</sup>, tal y como hicieron los árbitros, la *Queen's Bench Division* y la *Court of Appeal*. Sin embargo, Lord Rodger calificó de imprevisible el lucro cesante reclamado por las condiciones especiales en que había acaecido, como se deriva de las palabras que a continuación transcribimos:

«[...] the extent of the relevant rise and fall in the market within a short time was actually unusual. The owners' loss stemmed from that unusual occurrence»<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Vid. Supra. Epígrafe 1.2.

<sup>76</sup> En el mismo sentido, Lord HOFFMANN: «The Achilles: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010 p. 59; Simon CROALL y Yash KULKARNI: «Has promoting commercial certainty made the Law more uncertain?», *Computers and Law*, 2008, p. 38; E. PEEL, «Remoteness re-visited», *LQR* 2009, p. 8; I. GASCOIGNE, «An uncertain art», *New Law Journal*, 14 november 2008, p. 3.

<sup>77</sup> En opinión de MCGREGOR las distintas conclusiones se debieron a la diferente perspectiva adoptada: «The difference would seem to stem from whether concentration was on the market generally, leading to a finding of the same type of loss, or was on the parti-

Podríamos, pues, afirmar, que el *Achilleas* y, en concreto, su resolución desde la perspectiva tradicional, se añade a la lista de casos que, apelando a la previsibilidad, son el resultado, sin embargo, de una *untidy combination of intuition and makeshift solutions*<sup>78</sup>.

Lord Hoffmann no discute que el lucro cesante sufrido por los propietarios sea un daño previsible en el momento de la celebración del contrato. Ahora bien, lo que no puede afirmarse, en opinión del Lord, es que los primeros fletadores hubieran asumido responsabilidad por dicho lucro cesante. Y precisamente los dos factores señalados al comienzo del presente epígrafe son los que guían al Lord en la interpretación objetiva<sup>79</sup> del contrato sometido a su consideración<sup>80</sup>.

Así, apunta en primer lugar que carece de sentido desde el punto de vista de los negocios responsabilizar a un fletador por un daño potencialmente extenso que ninguna de las partes podría cuantificar en el momento de la celebración del contrato; en segundo lugar, el caso no puede ser resuelto al margen de los usos imperantes en el sector del tráfico naviero. Lord HOFFMANN explica claramente su decisión en el artículo publicado en el año 2010; merece la pena transcribir literalmente sus palabras<sup>81</sup>:

*«The reasons I would give for saying that the loss of profit should not be recoverable in the Achilleas are two-fold. One is the reason given by Lord Rodger, that it does not make commercial sense to hold a charterer liable for potentially extensive loss which*

---

*cular contract, producing a finding of a different type of loss», On Damages, 2009, p. 217. Recuérdese la discusión existente en la doctrina tradicional sobre si la previsibilidad debe referirse sólo al tipo de daño o también a su extensión. Vid. Supra epígrafe 1.2.*

J. O'SULLIVAN pone de manifiesto que vuelve a aparecer en este caso la discusión acerca de si un daño de una extensión mayor que la usual puede llegar a considerarse un tipo de daño distinto, «Damages for lost profits for late redelivery: how remote is too remote?», *CLJ*, 2009, pp. 36 y 37.

<sup>78</sup> TETTENBORN en referencia a los casos que analizó en el año 2007 para demostrar la que hemos denominado «imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad», «Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond its Sell by Date», en (2007) *23 Journal of Contract Law*, p. 147.

<sup>79</sup> Para J. O'SULLIVAN el caso no debe contemplarse desde una perspectiva de interpretación del contrato sino más bien como una *policy consideration*, «Damages for lost profits for late redelivery: how remote is too remote?», *CLJ*, 2009, p. 37.

<sup>80</sup> Probablemente también habrían sido tenidos en cuenta por los autores que defienden una interpretación moderna de la *remoteness rule*. Así, TETTENBORN apunta que los lucros excesivos no se encuadran en la finalidad de la obligación asumida por el deudor, sino que entran en el círculo interno de los negocios del acreedor («Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date?», en *Journal of Contract Law*, 2007, pp. 142 y 143). En cuanto a los usos del comercio, como se recordará se trata de uno de los factores que ROBERTSON señala para guiar al juez en la determinación de cuál es la distribución de riesgos más justa [«The basis of remoteness rule in contract», (2008) *Legal Studies* pp. 194 y 195].

<sup>81</sup> Lord HOFFMANN: «The Achilleas: custom and practice or foreseeability?», en *Edinburgh Law Review*, 2010, p. 59.

*neither party could quantify at the time of contracting. (...) Secondly, I would rely upon what appears to have been the common assumption in the trade. Owners and charterers, or at any rate their legal advisers, would have assumed from previous authorities and textbooks that, in the absence of contrary provision in the agreement, the liability of the charterer for late delivery was limited to the difference between the market rate and the charter rate for the period of the overrun. The purpose of the law of contracts is to fulfil reasonable expectations and such expectations should therefore be self-fulfilling. Businessmen do not like surprises. [...]».*

### 3.4 La reacción de la doctrina y de los tribunales

Quizás sea pronto todavía para evaluar el impacto del *Achilleas* en el Derecho inglés. A la vista de las primeras reacciones de la doctrina puede, sin embargo, afirmarse que no ha dejado indiferente a ningún especialista en el *Law of Contracts* o en el *Law of Damages*.

Una comprensión adecuada de las reacciones doctrinales exige, a nuestro juicio, distinguir, por un lado, la constatación de lo que significa el *Achilleas* y, por otro lado, la valoración que para la doctrina inglesa merece esta constatación.

Y así, se reconoce que, a partir del *Achilleas* la previsibilidad del daño no es el único factor que debe tomarse en consideración para calificarlo como un daño *not too remote* y, por tanto, indemnizable<sup>82</sup>.

Pero, ¿era necesario añadir un nuevo test? ¿Soluciona los problemas existentes el test de la *assumption of responsibility*? Las palabras de McGregor<sup>83</sup> que reproducimos a continuación demuestran que el autor respondería negativamente a las preguntas planteadas:

*«What Lord Hoffmann and Lord Hope propose is full of difficulty, uncertainty and impracticality. How are we to tell what subjectively the contracting parties were thinking about assumption of responsibility? When contracting, assumption of responsibility was probably not in their minds at all, for it is well known that parties entering a contract are thinking of its performance rather than of its breach. Apart from this uncertainty there is the impracticality of allowing defendants to raise the issue, as they will surely do, in case after case as an extra argument, thereby taking up the time of the courts unnecessarily and making the arriving at settlements more difficult.»*

<sup>82</sup> En palabras de A. KRAMER «[...] although still relevant, foreseeability of a loss as a not unlikely consequence of breach is now neither necessary nor sufficient for a finding that the loss is not too remote and therefore recoverable», «The new test of remoteness in contract», *LQR*, 2009, p. 408.

En un sentido similar R. FARNHILL y J. HUGHES: «Thansfield: a change of approach required?», *Journal of International Banking and financial Law*, 2008, p. 3.

<sup>83</sup> MCGREGOR *On Damages*, 2009, pp. 208 y 209.

Los temores expresados por McGregor se reproducen en otros autores<sup>84</sup> como PEEL<sup>85</sup>, quien afirma «*It may well be that the decision does not have a profound effect in practice*».

En la 30<sup>th</sup> edición de Chitty *On Contracts* no se critica tan duramente la nueva interpretación de la *remoteness rule*; sin embargo, se apunta la conveniencia de que su aplicación se limite únicamente a aquellos casos en los que, como en el *Achilleas*, las circunstancias excepcionales así lo justifiquen<sup>86</sup>.

Precisamente esa fue la pauta seguida por el tribunal en uno de los dos casos<sup>87</sup> en los que, hasta donde llega nuestro conocimiento, se ha aplicado el *Achilleas* hasta la fecha: en *Shipping Co Ltd v. Progress Bulk Carriers Ltd*<sup>88</sup> el Juez no utilizó el test de la *assumption of responsibility* porque, a su juicio, las circunstancias excepcionales del *Achilleas* no eran predicables del caso concreto sometido a su consideración<sup>89</sup>. En concreto, ni se habían producido

<sup>84</sup> Como Simon CROALL y Yash KULKARNI para quienes «*further area of confusion arises from the minority ratio. The legal test for remoteness in relation to contract damages appears less clear after this appeal than it did before. [...] It is now far from clear what question a court or tribunal should be asking itself in the context of remoteness and hence harder than ever to give clear and certain legal advice*», «Has promoting commercial certainty made the Law more uncertain?», *Computers and Law*, 2008, p. 38.

<sup>85</sup> E. PEEL: «Remoteness re-visited», *LQR* 2009, p. 11.

<sup>86</sup> «*Contractual liability is of course based on express or implied agreement, and it is argued that the reason a party who has broken the contract should be held liable for losses that were not unusual, or which he had brought home to him might occur, is that (unless it is agreed otherwise) he can be taken to have agreed to compensate them. But it does not follow that liability for likely losses should be limited by a vague criterion such as "assumption of responsibility". Rather it is submitted that it is better to have a simple rule that the party in breach is liable for all losses that are sufficiently likely to occur in the usual case, or whose likelihood has been brought home to him when the contract was made, unless he has validly excluded or restricted his liability. [...] It is thus to be hoped that the approach adopted by the majority in The Achilleas will be applied by the courts only in exceptional circumstances, such as those emphasised by Lord Hoffmann in that case*». CHITTY: *On Contracts*, 2009, § 26-100G.

<sup>87</sup> El otro caso es *Donogue v. Greater Glasgow Health Board* (2009) CSOH 115. En él trata de determinar si la contratista de una obra debe responder de los daños sufridos por una trabajadora de la empresa dueña de la obra, habida cuenta del mal estado en que se encontraba el pavimento por el que resbaló la trabajadora en cuestión. La demandante es la trabajadora; la demandada la empleadora, dueña de la obra, quien, a su vez, llama al proceso a la empresa contratista para que responda frente a ella de la indemnización debida a la trabajadora como consecuencia de la caída.

Lord Uist considera que dichos daños no cumplen la *remoteness rule* ya que no cabe entender que la empresa contratista estuviera asumiendo responsabilidad por los daños derivados de un accidente como el que tuvo lugar. Por el contrario, su responsabilidad debería alcanzar únicamente a los gastos de sustitución del material del pavimento.

<sup>88</sup> (2010) EWHC 542 (Comm).

<sup>89</sup> «*In my judgment, the decision in The Achilleas results in an amalgam of the orthodox and the broader approach. The orthodox approach remains the general test of remoteness applicable in the great majority of cases. However, there may be "unusual" cases, such as the Achilleas itself, in which the context, surrounding circumstances or general understanding in the relevant market make it necessary specifically to consider whether there has been an assumption of responsibility. This is most likely to be in those relatively rare cases where the application of the general test leads or may lead to an unquantifiable, unpredictable, uncontrollable or disproportionate liability or where there*

fluctuaciones del mercado tan acusadas ni existía un uso en el sector que se separara del test de la previsibilidad del daño<sup>90</sup>. Bastaba, pues, a su juicio, con evaluar si el daño reclamado era o no previsible.

En definitiva, y a la vista de todo lo anterior, parece que la interpretación moderna de la *remoteness rule* todavía no se ha llegado a imponer a la interpretación tradicional, a pesar de los encomiables esfuerzos de Lord Hoffmann, ya retirado, por cierto, de la *House of Lords*.

#### IV. CONCLUSIONES

La doctrina inglesa ha construido tradicionalmente la regla de la *remoteness rule* planteándose dos cuestiones de hecho: (1) ¿qué significa exactamente que un daño es una consecuencia previsible del incumplimiento?; (2) ¿qué circunstancias de hecho conocidas o que debió conocer el deudor en el momento de la celebración del contrato implican que éste contempló o debió contemplar el acaecimiento del daño como previsible?

Desde principios de la década de los 2000 parte de la doctrina inglesa ha puesto de manifiesto su insatisfacción con la construcción de la regla en los términos expuestos y ha llevado la discusión más allá de la mera previsibilidad del daño y del mero conocimiento de datos de hecho. El punto de partida común de esta nueva corriente doctrinal se sitúa en la construcción del *contemplation test* como una regla de distribución de riesgos entre las partes contractuales (*allocation of risks*); sin embargo, los caminos divergen a la hora de configurar dicha distribución de riesgos. Y así, para unos, la regla refleja una implícita distribución de riesgos por las partes (*implicit allocations of risks*); mientras que para otros es el tribunal quien debe integrar un vacío en el contrato mediante una justa distribución de riesgos (*fair allocation of risks*).

---

*is clear evidence that such a liability would be contrary to market understanding and expectations.*

*In the great majority of cases it will not be necessary specifically to address the issue of assumption of responsibility. Usually the fact that the type of loss arises in the ordinary course of things or out of special known circumstances will carry with it the necessary assumption of responsibility».*

<sup>90</sup> En el caso concreto se trataba del incumplimiento de un contrato de flete: en concreto, los propietarios entregaron con retraso el buque a los fletadores, quienes perdieron la subcontrata celebrada al efecto. Solicitaban los demandantes el lucro cesante. El tribunal estimó la demanda.

Desde 1994 no había llegado hasta la *House of Lords* ningún caso sobre la *remoteness rule*<sup>91</sup>. Esta situación cambia en 2008, año en que se dicta la sentencia *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*, también conocida como *The Achilles*. En dicho caso, los Magistrados de la *House of Lords* llegan por unanimidad a la misma solución: el daño reclamado es *too remote*. Sin embargo, y aquí es donde radica la trascendencia del caso, los Lords siguen caminos distintos para llegar al fallo: mientras que unos no se separan de la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, otros apuestan claramente por introducir en la *House of Lords* el sentir de la doctrina inglesa más moderna.

Tras la publicación del caso *Achilleas* las reacciones de la doctrina inglesa muestran una reticencia más o menos expresa a abandonar el test de la previsibilidad del daño. Pero, sin duda, en la construcción de la *remoteness rule* hay un antes y un después del *Achilleas*.

---

<sup>91</sup> El último caso en llegar fue *Balfour Beatty Construction (Scotland) Ltd v. Scottish Power* 1994 S.C. (H.L.) 20. Informa de ello MCGREGOR *On Damages*, 2009, p. 223.

# El plazo para desistir en los contratos con consumidores

**LÍDIA ARNAU RAVENTÓS<sup>1</sup>**

Profesora Agregada de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

## RESUMEN

*A propósito de la contratación con consumidores, el estudio aborda la particular cuestión del plazo para desistir. Al análisis del art. 71 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sigue un estudio acerca del alcance de su posible aplicación supletoria a las distintas disposiciones legales o cláusulas contractuales relativas a dicha facultad. Por lo demás, la configuración de la facultad de desistimiento como un mecanismo de protección del consentimiento contractual, sugiere el análisis de otros expedientes que, con idéntica finalidad, se sitúan sin embargo en fase precontractual. Esa misma configuración permite, además, ofrecer una relectura del dies a quo del plazo para desistir que, aún en los supuestos en los que legalmente se vincula a la recepción del bien, debe fijarse en el momento de la perfección o celebración del contrato. En último término, se analiza la relevancia que puede alcanzar en este particular la ejecución parcial o total del contrato antes de expirar el plazo para desistir.*

## PALABRAS CLAVE

*Consumidor, contrato, desistimiento, caducidad, revocación, oferta, derecho comunitario, perfección, ejecución.*

---

<sup>1</sup> El presente estudio forma parte de los Proyectos de Investigación 2009 SGR 221 y DER 2008-03992/JURI, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La facultad de desistimiento del consumidor: supuestos y fuentes de regulación.*—3. *La facultad de desistimiento como derecho potestativo caducable:* 3.1 Los plazos para desistir: sus distintos modos de fijación: 3.1.1 El plazo general y los plazos especiales para el ejercicio del derecho a desistir: 3.1.1.1 El art. 71 RDL 1/2007; 3.1.1.2 Los plazos en la contratación sobre determinados bienes o servicios y en determinadas modalidades contractuales; I. El plazo en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y en la contratación a distancia. En particular, los deberes de información y documentación relativas al derecho y su incumplimiento: la facultad de desistimiento temporalmente ilimitada; II. El plazo para desistir en la contratación a plazos de bienes muebles y en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. El alcance de la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007.—3.1.2 A propósito del *dies a quo* y el *dies ad quem* para desistir: entre la celebración y la ejecución del contrato: 3.1.2.1 La celebración del contrato y el *dies ad quem* para desistir; I. El arrepentimiento en fase precontractual. El desistimiento de la oferta contractual emitida por un consumidor; II. El cómputo del *dies ad quem* para desistir; 3.1.2.2 El plazo para desistir y la ejecución del contrato.—3.2 Desistir «a tiempo»: la carga de la prueba.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los arts. 68 y ss. del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, contienen el régimen jurídico general de la facultad de desistimiento reconocida al consumidor; régimen que se aplicará siempre, directa o supletoriamente, a toda facultad de desistimiento atribuida, legal o convencionalmente, a quien es consumidor<sup>2</sup> (art. 68.3 y 79, 1.º párr.

<sup>2</sup> Es a los fines de «*aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada*» (EM RDL 1/2007, III, 1.º párr.), que el Texto Refundido incorpora una nueva definición de «consumidor» (art. 3: «*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*»). Se deja atrás así un concepto de consumidor anclado en la idea de destinatario final (art.1.2 y 3 Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*), que *no era conforme* con el derecho comunitario por excluir al llamado «destinatario medial» no especialista o, de otro, a quien adquiriría para reintroducir de nuevo el producto en el mercado pero al margen de toda actividad profesional (véase, acerca de la expresión «destinatario medial», Ferran BADOSA COLL, «La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al derecho español», en Ferran BADOSA COLL; Esther ARROYO i AMAYUELAS, (coords.), *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006, p. 310. A propósito de aquella no-conformidad, véase también Juana MARCO MOLINA, «La garantía legal de los bienes de consumo en 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», *RCDI*, 674 (2002), p. 2292; Ángel CARRASCO PERERA (dir), *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pp. 24 y 399; acerca de esta misma cuestión, resulta ilustrativo el art. 2 de la Ley 1/2006, de 7 de marzo, del Parlamento de Cantabria, de *Defensa de los Consumidores y Usuarios* (véase, también, su Preámbulo II, párr. 2.º). Por lo demás, las salvedades que realiza el propio art. 3 en materia de responsabilidad por daños causados por bienes o

RDL 1/2007). En las páginas que siguen pretende abordarse exclusivamente la cuestión del plazo para desistir. Con todo, el análisis no se centrará sólo en el art. 71 RDL 1/2007, alusivo precisamente al «*plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento*»,

servicios defectuosos (Libro III) y en sede de contrato de viaje combinado (Libro IV), están plenamente justificadas. Lo primero porque el derecho a ser indemnizado se reconoce a «*todo perjudicado*» (art. 128), merezca o no la condición de consumidor [véase, también, art. 129 y EM (pár. 5º) Ley 22/1995, de 6 de julio, de transposición de la Directiva 85/374, de 25 de julio, de aproximación de las disposiciones de los Estados Miembros de la UE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos]. La segunda salvedad obedece al ámbito subjetivo de aplicación de las normas en materia de contrato de viaje combinado. Si bien la referencia también es al «consumidor», su identificación no se realiza a partir de parámetros económicos sino atendiendo a la posición jurídica contractual del contratante-cliente [art. 151.1 g. «*A los efectos de este libro se entenderá por (...): “Consumidor o usuario”: cualquier persona en la que concurra la condición de contratantes principal, beneficiario o cesionario*»]. Lo que ya no tiene tanta explicación es la afirmación, en todo punto errónea, que se hace en la EM RDL 1/2007 a propósito de la estrenada definición del art. 3. Se afirma que: «*El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatarios finales, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*». No es cierto. La nueva definición ampara también a quien no es *destinatario final* por reintroducir el producto en el mercado siempre que dicha reintroducción se realice «*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*». Y acabaría confirmando que el legislador aún sigue pensando en términos de «*destinatario final*» la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio. La definición que se proporciona en el art. 1.3 coincide con la vieja definición del art. 1 LGDCU. El dato es significativo porque la Ley 43/2007 es posterior al RDL 1/2007. La que proporciona este último texto sí coincide con la recogida en el art. 1.1 *in fine* de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y en el art. 2.11 de la Ley 16/2009, de 23 de noviembre, de servicios de pago.

Es preciso un último apunte relativo al concepto comunitario de consumidor. Hoy por hoy, puede convenirse en señalar que, si bien limitada sólo a las personas físicas, aquella noción coincide con la recogida en el art. 3 RDL 1/2007. Pero no se trata de un concepto definitivo. En el contexto del llamado Marco Común de Referencia (véase su iniciativa de elaboración en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «*Un derecho contractual europeo más coherente*», DOUE C 63, de 15 de marzo de 2003, apart. 4.1.1) y de la revisión del *acquis* en materia de consumo (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «*Derecho contractual europeo y revisión*», apart. 2.1.1 y Anexo II; *Libro Verde sobre la revisión del *acquis* en materia de consumo*, DOUE, C 61, de 15 de marzo de 2007) se discuten, especialmente, la oportunidad de extender la noción de consumidor: a quien adquiere para un fin *principalmente* ajeno a su actividad profesional (luego, para un fin *parcialmente* profesional), a las personas jurídicas y al pequeño empresario [sobre todo ello, puede consultarse HERRE, HONDIUS, ALPA, «*The notions of consumer and professional and some related questions*», [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm); MARTIN EBERS, «*Consumer*», en ACQUIS GROUP, *Principles of the existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of contract, unfair terms*, Munich, Sellier, 2007, p. 29; VON VAR *et al.* (ed.), *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2008 (anexo I, p. 329); ESTHER ARROYO i AMAYUELAS, «*Hacia un derecho contractual más coherente. La sistematización del acervo contractual comunitario*», en ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 224 y ss.]. En este contexto, sin embargo, el art. 2.1 de la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores, [COM (2008) 614 final], sigue refiriéndose a «*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*».

sino que abarcará otras tantas disposiciones que, en materia de contratación con consumidores y al margen del RDL 1/2007, aluden también a la necesidad de ejercitar *a tiempo* la facultad de desistir del contrato.

## 2. LA FACULTAD DE DESISTIR DEL CONSUMIDOR: SUPUESTOS Y FUENTES DE REGULACIÓN

Son distintos preceptos los que, a nivel comunitario y a nivel interno, facilitan al consumidor su desvinculación contractual, *ad nutum* y sin penalización. El régimen no es uniforme, ni a nivel comunitario ni a nivel interno. A nivel interno, las disposiciones relativas a la facultad de desistimiento no siempre obedecen a la incorporación o transposición de derecho comunitario.

– El RDL 1/2007, más allá de establecer el régimen *general* de la facultad de desistir, reconoce al consumidor, en tres supuestos contractuales distintos, la facultad de «*dejar sin efecto el contrato celebrado*» (art. 68.1). En dos de ellos, la atribución obedece a las particularidades de una determinada *manera de contratar*, independientemente de aquello que se contrata: así, el art. 101 reconoce el derecho a desistir al consumidor y usuario «*que contrate a distancia*». El art. 110 hace lo propio «*en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*». Por el contrario, en el tercero (art. 160), la regulación atiende al objeto contratado: un viaje combinado. En los dos primeros, los preceptos citados atribuyen expresamente al consumidor el «*derecho a desistir*»; en el art. 160, la facultad se califica legalmente de «*resolución*», si bien su ejercicio aboca a la ineficacia descrita en el art. 68.1 [«En todo momento, el consumidor y usuario podrá *dejar sin efecto* los servicios solicitados o contratados (...)»<sup>3</sup>]. Ni ninguno de los tres es nuevo, ni todos ellos operan la incorporación de Directivas Comunitarias al ordenamiento interno.

a) En materia de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y hasta la entrada en vigor del RDL 1/2007, eran los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 26/1991, de 26 de noviembre, *de protec-*

<sup>3</sup> El tenor de esta disposición también se aleja de los arts. 101 y 110 RDL 1/2007 en la medida en que la facultad se atribuye, no sobre el *contrato* sino sobre el objeto contratado (los *servicios*). Sin embargo, la incidencia de aquel ejercicio en el contrato es evidente: no sólo se ven afectados dichos servicios, sino que la facultad de desistir incidirá también en la contraprestación ya satisfecha por el consumidor (que deberá serle restituida) o aún debida (que dejará de deberse).

ción de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los que disciplinaban la facultad de «revocar la declaración de voluntad»<sup>4, 5</sup>. Se trataba de la incorporación al derecho interno de los arts. 5 y siguientes de la Directiva 85/577, de 20 de diciembre, del Consejo, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* que, a su vez, atribuían al consumidor la facultad de «renunciar a los efectos del contrato»<sup>6, 7</sup>. La Ley 26/1991 ha sido derogada íntegramente por el RDL 1/2007<sup>8</sup>. A propósito de la facultad de desistir, la disposición de referencia es hoy el art. 110 RDL 1/2007 que, en relación al art. 71 de este mismo texto, contiene una regla especial en materia de plazo (véase 2.º pár.).

b) La facultad de desistimiento en sede de venta y contratación de servicios a distancia figura, en beneficio del «comprador» o «consumidor», en los arts. 44 y ss. de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*<sup>9</sup> y en su disposición adicional 1.<sup>a</sup>

<sup>4</sup> En adelante LCFEM.

<sup>5</sup> Antes de esta fecha, sin embargo, el art. 10.1.c.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, en su redacción originaria, declaraba la validez de las cláusulas por las que se reconocía al comprador, «en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario», la facultad de resolver discrecionalmente el contrato. El precepto fue interpretado como una norma en previsión, bien de una futura reglamentación de aquellas modalidades de compra (en este sentido, Juan José MARIN LOPEZ, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, 1995, p.90), bien de cláusulas negociales con aquel contenido (así, Carlos DIEZ SOTO, Comentario al art. 44 de la LOCM, en ALONSO ESPINOSA *et al.*, (coords.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 541).

<sup>6</sup> En adelante Dir. 577/85.

<sup>7</sup> El legislador comunitario se inspiró en distintas leyes nacionales europeas dictadas en los años sesenta y setenta que, también en materia de ventas a domicilio, ya beneficiaban al consumidor con la facultad de desvincularse del contrato. Una de ellas fue la Ley 72-1137, de 22 de diciembre de 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, pero en ningún caso fue la única (véase EM, apart. II «*Situation juridique dans les Etats membres et bases juridiques de la directive*» de la Propuesta de Directiva [COM (76) 544]). También fue en los años setenta que se instauró en el derecho federal norteamericano, y también a propósito de las *door-to-door sales*, el llamado *cooling-off period* o período de enfriamiento. La regla, que fue aprobada por la Federal Trade Commission el 1 de noviembre de 1972, publicada el 26 de octubre de ese mismo año y enmendada parcialmente el 1 de noviembre de 1973, entró en vigor el 7 de junio de 1974 (puede consultarse el texto en *FTC Regulations, Cooling-off period for door-to-door sales*, 16 C.F.R. Part. 429; sus antecedentes se detallan en *Federal Trade Commission, Cooling-off period for door-to-door sales. Trade regulations rule and statement of basis and purpose*, Federal Register, vol. 37, n. 207, part II, p. 22935) [constata la influencia del mecanismo norteamericano en el resto de países occidentales, Laurence VANDENHOUTEN, «*Délai de réflexion, droit de repentir*», en Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, 2002, p. 556, nota 185].

<sup>8</sup> Ello se afirma sin perjuicio de reconocer al mismo tiempo que los arts. 74 y 75 del RDL 1/2007 son un trasunto de los arts. 6 y 7 LCFEM, cuya disciplina se ha elevado así a régimen general.

<sup>9</sup> En adelante LOCM.

Ello ya era así en la redacción originaria del texto (Ley 7/1996, de 15 de enero), si bien su última versión obedece a la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, *de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias*<sup>10, 11</sup>. En el contexto del RDL 1/2007, es el art. 101 el que, sin distinguir ya entre la contratación a distancia de bienes o de servicios y sin limitar la primera a la modalidad de venta, reconoce al consumidor o usuario el «derecho a desistir del contrato»<sup>12</sup>. El art. 71 RDL 1/2007 será directamente aplicable a esta modalidad contractual al no añadirse regla especial alguna en materia de plazo.

c) El RDL 1/2007 también deroga la Ley 21/1995, de 6 de julio, de *Regulación de los viajes combinados*, dictada a fin de incorporar al ordenamiento español la Directiva del Consejo 90/314, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*. Su

<sup>10</sup> En adelante Dir. 97/7.

<sup>11</sup> En la propia EM de la Ley 47/2002 se reconocía expresamente que «los puntos fundamentales de la norma comunitaria, tales como el derecho de desistimiento (...) estaban ya incorporados, por lo que la Directiva ya se hallaba transpuesta en sus más importantes aspectos desde el mismo momento de su publicación» (da explicación de ello Juan José MARÍN LÓPEZ, ob. cit, pp. 147 y 148; el legislador de 1996 se habría inspirado en lo que en aquel entonces era sólo una Propuesta de Directiva)

<sup>12</sup> La disposición derogatoria única del RDL 1/2007 deroga sólo los artículos 48 y 65.1, letras n y ñ, y la disposición adicional 1ª de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (en adelante, LOCM). Siguen vigentes, en consecuencia, sus arts. 38 y ss. y, en particular, los arts. 44 y 47, a propósito de la facultad de desistir del *comprador a distancia* [véase EM RDL 1/2007, pár. 25.º y 26.º; sin embargo, acerca de la derogación, sin salvedades, de la disposición adicional 1.ª en materia de contratación de servicios a distancia, Miguel Ángel PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del RDL 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los Negocios*, 209 (2008) pp. 5 y ss.]. El alcance de la derogación ordenada por el RDL constata que el ámbito subjetivo de los arts. 38 y ss. LOCM no son sólo los consumidores, entendiéndose por tales, hasta la aprobación del RDL 1/2007, los definidos en el art. 1 LGDCU. Sin duda ha fomentado siempre esta equiparación el propio art. 1 LOCM, que al definir el concepto de «comercio minorista» opta por recurrir a la noción de «destinatario final». Lo desmentía, sin embargo, la interpretación *a contrario* del hoy derogado art. 48, del que resultaba que el comprador podía *no* ser un consumidor («Cuando el comprador sea un consumidor, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...») (que, por cierto, a propósito de la irrenunciabilidad del derecho de desistimiento devenía un precepto supérfluo toda vez que la nulidad de toda cláusula de renuncia ya se prevé, sea quien sea el comprador, en el art. 44.3, *in fine*). Ciertamente, se estima más acertado configurar la actividad del comercio minorista, en contraposición al mayorista, como la actividad de venta dirigida al *público* en general (EM LOCM pár. 6.º y 7.º; arts. 14.1 y 35 LOCM) y, en concreto, a quien adquiere *sin ánimo de reventa* [véase, en este sentido, SAP Tarragona, de 12 de junio de 2002 (FJ 2.º; JUR 2002/241014)]. Siendo ello así, resulta que «destinatario final» (art. 1 LOCM) y «comprador» con «facultad de desistir» puede serlo aquel que adquiere con fines profesionales o empresariales pero sin intención de reintroducir el producto en el mercado mediante la reventa.

art. 9.4 reconocía al consumidor el «derecho a desistir de los servicios contratados o solicitados»<sup>13</sup>. El precepto a considerar es ahora el art. 160 RDL 1/2007<sup>14</sup> que, como su precedente, permite ejercitar aquella facultad, en principio, «en todo momento».

– Ya se ha anticipado que el RDL 1/2007 no agota los supuestos en los se atribuye legalmente al consumidor la facultad de desistir. Existen otros, regulados también a propósito de una determinada *manera de contratar*, de la *contratación de determinados productos o servicios*, o atendiendo a ambos criterios. Tampoco todos ellos obedecen a la incorporación al derecho interno de normas comunitarias.

a) Éste es el caso, por ejemplo, de la facultad de «desistir del contrato» prevista en el art. 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de *Ventas a Plazos de Bienes Muebles*<sup>15</sup>, dictada al amparo de la disposición final 3ª de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de *Crédito al Consumo*, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 87/102, de 22 de diciembre, de 1986, relativa a la *aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*<sup>16, 17</sup>.

<sup>13</sup> En esta ocasión, sin embargo, la atribución de la facultad de desistir no es una imposición comunitaria. De hecho, su precedente más inmediato se encuentra en el art. 29 de la Orden de 14 de abril de 1988, por la que se establecen las *Normas Reguladoras de las Agencias de Viaje* (RCL 1988/842). Aparecía también en la Orden de 9 de agosto de 1974, por la que se aprueba el *Reglamento del Régimen Jurídico de las Agencias de Viaje y sus actividades* (art. 49). El precedente más remoto se encuentra, sin embargo, en la Orden de 26 de febrero de 1963, por la que se aprueba el *Reglamento Regulador de las Agencias de Viaje* (arts. 53.2, 54.2 y 55.2).

Aunque no fue ratificado por España, interesa mencionar en este particular la facultad de «résilier» el contrato que figuraba en el art.9 del *Convenio Internacional relativo al contrato de viaje*, firmado en Bruselas el 23 de abril de 1970 (puede consultarse su texto en *II Diritto Aereo*, Anno IX, 1970, pp.195 y ss.).

<sup>14</sup> Que deja de referirse a la facultad de «desistir» para hacerlo a la de «dejar sin efecto» los servicios solicitados (art. 160, pár. 1.º), como equivalente a «resolver» (pár. 1.º *in fine*) o «cancelar» (art. 160, a).

<sup>15</sup> En adelante, LVPBM.

<sup>16</sup> La Ley de Crédito al Consumo (en adelante, LCC) no concede al consumidor el derecho a desistir del contrato. La Directiva 87/102 no lo imponía y sólo contemplaba como posibilidad la previsión contractual de un «período de reflexión» («cooling-off period») [véase art. 4.3, Anexo I, 1 vii); 2 iii); 3 iii) y 4 iv)]. Por el contrario, el art. 14 de la Directiva 2008/48, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2008, *relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102* (en adelante, Dir. 2008/48), sí atribuye al consumidor un plazo de «14 días civiles para desistir del contrato sin indicar el motivo».

A propósito de créditos garantizados mediante hipoteca, el referente lo proporciona la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. El art. 21.2 concede también al consumidor (art. 1.1 *in fine*) la facultad de desistir del contrato de intermediación.

<sup>17</sup> El art. 9 LVPBM deviene una norma específica por razón de su ámbito subjetivo de aplicación: la facultad de desistimiento no se reconoce a todo *comprador* a plazos de bienes muebles (véase, arts. 4.2.a, 4.2.b, 4.3, 6.3, 8.1, *in fine*, 8.2, 8.5...), sino

A propósito del plazo para desistir, el art. 9.1 LVPBM se limita a señalar uno («*siete días hábiles*») y a indicar su supuesto *dies a quo* («*la entrega del bien*»).

b) En sede de contratación relativa a la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, el art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre<sup>18</sup> también atribuye al adquirente «*la facultad de desistir*»<sup>19</sup>. La disposi-

sólo a quien es *consumidor* (sin embargo, véase las referencias al «*comprador*» en los aparts. 2.º y 3.º del propio art. 9). Ambas condiciones no tienen por qué concurrir toda vez que la LVPBM resulta aplicable también a las ventas de bienes de equipo o de uso empresarial (véase, EM pár.1.º; art.8 de la Orden de 19 de julio de 1999, *por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles*; en la doctrina, Francisco de P. BLASCÓ GASCÓ, *Las Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000, p. 32; Jesús TRUJILLO DIEZ, «Aspectos controvertidos en la nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles», *Derecho de los Negocios*, febrero, 1999, p. 30). Y la interpretación de quién es consumidor debe realizarse hoy al amparo del art. 3 RDL 1/2007 [cuya definición casa con la que «*a (sus) efectos*» proporciona el art. 1.2 LCC].

<sup>18</sup> En adelante LDAT.

<sup>19</sup> El art. 10 atribuye la facultad de desistir al «*adquirente*». A diferencia de la Directiva, que lo define como quien adquiere «*para fines ajenos a su actividad profesional*» y, por ello, lo identifica con un «*consumidor*» (véase art. 2 *in fine*), la LDAT no acota el concepto, ni proporcionando uno *ad hoc* ni, indirectamente, remitiéndose, a otro texto legal (así, a la LGDCU). La ausencia de una definición de «*adquirente*» fue un efecto querido por el legislador: así resulta del rechazo a la Enmienda núm. 97 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, y a propósito del art. 1 del Proyecto, con la que se pretendía incorporar al texto la definición comunitaria (BOCG, Serie A, Congreso de los Diputados, 11 de diciembre de 1997, núm. 80-10, pp. 59 y 60). Tal circunstancia permite abogar por una extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la LDAT más allá de quien es consumidor intensificándose, así, la protección mínima dispensada por la Directiva (véase EM LDAT I, pár. 17.º y 18.º). Cabría un segundo argumento. Se infiere del art. 15.2 LDAT, alusivo a la comercialización y transmisión profesionales de derechos reales sobre el derecho de aprovechamiento. La norma, cuya finalidad es proteger al subadquirente declarando aplicables al contrato normas pensadas para una primera adquisición, constata que el transmitente (profesional) fue previamente «*adquirente*» a los efectos de la LDAT; de ahí, la subrogación *ex* art. 15.2 LDAT y, de ahí, su facultad de desistir (defiende también la protección de *todo adquirente* Lucía COSTAS RODAL, «La multipropiedad en España: valoración de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico», AC, 44, del 27 de noviembre al 3 de diciembre de 2000, p. 1602; *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Granada, Comares, 2000, pp. 159, 258 y 259. La doctrina mayoritaria, sin embargo, se muestra más proclive a una lectura de la LDAT a la luz de la definición general de «*consumidor*» –hoy contenida en el art. 3 LGDCU–, tendencia iniciada por Javier LETE ACHIRICA, «La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», AC, 5, 1 a 7 de febrero de 1999, p. 136. La jurisprudencia sobre el particular no resulta determinante. En la generalidad de supuestos se constata que en el caso *a quo* el adquirente es consumidor *ex* arts. 1.2 y 3 LGDCU, mas sin llegar a exigir esta identificación a efectos de aplicar la LDAT [véase, en este sentido, la SAP Málaga, de 7 de enero de 2006 (JUR 2006/186680); FJ.º 1.º, pár. 4.º]; contempla un supuesto de adquisición por quien no es consumidor, la SAP Málaga de 2 de febrero de 2005 (JUR 2005/140021); por el contrario, exige una lectura de la LDAT a la luz del art. 1 LGDCU la SAP Baleares, de 9 de octubre de 1997 (AC 1997/2084; FJ.º 1.º, pár. 5.º)].

ción, que obedece al art. 5 de la Directiva 94/47, del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, *relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*<sup>20</sup>, aborda también la cuestión del plazo para su ejercicio.

c) Y hace lo propio el art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, *sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores*<sup>21</sup>: atribuye también al consumidor la facultad de «desistir» del contrato<sup>22</sup>, incorporándose así el art. 6 de la Directiva 2002/65, del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre, de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores*<sup>23, 24</sup>.

La facultad de desistimiento puede reconocerse también «contractualmente» (arts. 68. 2 y 79 RDL 1/2007). Dicha posibilidad alcanza a todo contrato celebrado con un consumidor o usuario, con independencia de cuál sea la manera de contratar y del objeto o

<sup>20</sup> A propósito del plazo para desistir y las reglas para su cómputo, atiende a otros parámetros el art. 6 de la Directiva 2008/122, del Parlamento y del Consejo, de 14 de enero de 2009, *relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio* (en adelante, Dir. 2008/122).

<sup>21</sup> En adelante LCDSF.

<sup>22</sup> Esta regulación no se ha visto afectada por el RDL 1/2007 [véase art. 93 c)].

<sup>23</sup> En adelante Dir. 2002/65.

<sup>24</sup> Merece un comentario adicional el derecho de resolución previsto en el art. 4 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, *por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*. Y ello a efectos, no tanto de polemizar a propósito de la legalidad del precepto (por no desarrollar ninguna disposición de rango legal y quizás también por atentar contra el art. 1256 CC), sino de valorar su estado de vigencia tras la entrada en vigor del RDL 1/2007. Suscita la cuestión el art. 80.1 RDL 1/2007 que, en materia de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en las que intervenga un consumidor, prevé que reglamentariamente se establezcan las condiciones en las que deba constar la aceptación de todas y cada una de las condiciones generales. En este contexto, la vigencia del RD 1906/1999 podría defenderse al amparo de su ámbito subjetivo de aplicación que, a propósito del adherente, alcanza también a quienes no son consumidores (art. 2 Ley 7/1998). En caso de tratarse de un consumidor, y mantenerse también para este caso su vigencia, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 80.1, *in fine* RDL 1/2007: más allá de legitimar la concesión reglamentaria del derecho de desistimiento en caso de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales (con lo que se disipan dudas acerca de la posible vulneración del art. 1256 CC; véase también art. 68.2 [«El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos (...) reglamentariamente (...)»], ordena estar a lo previsto en el art. 71 RDL 1/2007 en materia de plazos. Siendo ello así, las reglas de cómputo previstas en el RD 1906/1999 se aplicarán sólo cuando el adherente no sea un consumidor.

servicio sobre el que se contrata<sup>25</sup>, <sup>26</sup>. La regulación convencional del derecho a desistir, si la hubiere, primará sobre la legal, que regirá supletoriamente (art. 79, 1.º pár., *in fine* RDL 1/2007)<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> El precepto coincide parcialmente en su redacción con el art. 10 LOCM, rubricado «*Facultad de desistimiento*». Que se trata de una coincidencia sólo parcial obedece: en primer lugar, a que el art. 10 LOCM contempla sólo una modalidad contractual, la compraventa, en tanto que el art. 79 RDL 1/2007 hace abstracción del tipo contractual y del objeto contratado (que pueden ser bienes o servicios); en segundo lugar, a que en tanto el art. 79 RDL 1/2007 resulta exclusiva e indiscutidamente aplicable al «*derecho de desistimiento*» reconocido «*contractualmente*», el art. 10 LOCM se declara aplicable «*Cuando en ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto*». La expresión ha permitido defender la aplicación de la norma en supuestos de desistimiento de origen legal, así como en casos que, estrictamente, no son de desistimiento (en cuanto a lo primero, véase, por ejemplo, Juan Ramón GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. El derecho de revocación*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 148). El autor, a la luz de la prohibición de anticipos de pago prevista en el art. 10 LOCM, entendía derogado el art. 6.1 LCFEM. A propósito de lo segundo, ha sido defendida la aplicación de la norma en sede de tratos preliminares (véase J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, A. CALONGE VELÁZQUEZ, J. C. LAGUNA DE PAZ, J.A. GARCÍA DE COCA, *La Proposición de Ley de Comercio*, Informes, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994, p. 119) o a las compraventas a prueba o bajo condición suspensiva [lectura promovida por M.º Ángeles PARRA LUCÁN, «Comentarios al art. 10 LOCM», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Jesús LEGUINA VILLA (coords.), *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 164 y ss.]. También se ha abogado por su preferente aplicación en supuestos de desistimiento de origen convencional [por todos, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 10», en Francisco José ALONSO ESPINOSA *et al.*, (coords), *Régimen Jurídico del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 145. Cabría apreciar una última diferencia entre ambos preceptos: así, en tanto el desistimiento *ex art. 79 RDL 1/2007* es el reconocido vía contractual a un «*consumidor o usuario*», el art. 10 LOCM continúa vigente para quienes también pueden ser clientes del comercio minorista (véase lo indicado *supra* nota 8). Y mientras el primero deberá integrarse con lo previsto en los arts. 69 y ss. RDL 1/2007, el régimen jurídico del segundo —si es que se trata realmente de un supuesto de desistimiento— continuará siendo confuso [por lo demás, de aquella supletoriedad se sigue, por ejemplo, que el desistimiento contractual del consumidor tendrá una duración mínima de siete días hábiles (art. 71.1 RDL 1/2007), en tanto que en el cómputo de los siete días también reconocidos a otros compradores, no se excluyen los inhábiles (art. 10.2 LOCM, 5.2 CC).

<sup>26</sup> Pueden citarse, a modo de otras referencias legales a pactos por los que se facultaba o faculta a una de las partes a desistir *ad nutum* del contrato, el art. 8 de la Ley 50/1965, *de Venta a Plazos de Bienes Muebles* (en cuyo contexto se pensaba claramente en la existencia de una indemnización o «multa de arrepentimiento»; véase la *Defensa a Cortes realizada por D. Pío Cabanillas Gallas, del Proyecto de Ley de venta a bienes muebles a plazo*, RCDI, 1965, p. 1147), el art. 10.1,c)2.º LGDCU (versión originaria), el art. 2.1.7.º, c) LCFEM (véase art. 108.3 RDL 1/2007) y la disposición adicional III 17 LGDCU (véase art. 87.3 RDL 1/2007). En estos últimos supuestos, nada se decía (ni se dice) a propósito de la existencia o no de penalización.

<sup>27</sup> Esta supletoriedad avala el carácter dispositivo de los artículos 69 y ss. RDL 1/2007 a propósito de los derechos de desistimiento de origen convencional. Sólo lo dispuesto en el art. 79, párs. 2.º y 3.º, RDL 1/2007, parece imponerse en este particular con carácter imperativo (de ahí, creemos, la expresión «*en ningún caso*» que aparece en uno y otro caso). La prohibición de anticipo de pago o de prestación de garantías (que, por cierto, sin duda frenará el interés del empresario en facilitar al consumidor la devolución del producto vía facultad de desistimiento) no rige, sorprendentemente, en supuestos de desistimiento de origen legal, a propósito de los cuales el art. 76 RDL 1/2007 parte de la idea contraria. Por su parte, la norma correspondiente al pár. 2.º del art. 79 es, en sede de desistimiento de atribución legal, la prevista en el art. 74.2 RDL 1/2007 (precedente, a su vez, del art. 6.2 Ley 26/1991). Los conceptos de los que se hace depender el devengo de una indemnización a favor del empresario son, en un caso y en otro, distintos. De ello resulta, por ejemplo, que en sede de desistimiento convencional sea válida la previsión de una

### 3 LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO COMO DERECHO POTESTATIVO CADUCABLE

La facultad de desistir reviste la naturaleza de derecho potestativo o de configuración jurídica<sup>28, 29</sup>. Se ejerce mediante una declaración de voluntad que, además de unilateral<sup>30</sup>, es recepticia<sup>31</sup>. Al desistir, no se busca ni pretende un determinado comportamiento del empresario. Se alcanzará su efecto, la extinción de la relación contractual preexistente<sup>32</sup>, sin necesidad de contar ni con su cola-

indemnización por la disminución de valor sufrida por la cosa a resultas del uso dado «para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva», aun cuando dicho uso no la haya ni deteriorado ni desgastado. El art. 79 RDL 1/2007 prohíbe sólo la indemnización por estos últimos conceptos; no, en cambio, por la disminución de valor que haya podido experimentar el producto y que es el supuesto previsto en el art. 74.2 RDL 1/2007. Si en este aspecto, por lo dicho, el precepto resulta más severo para el consumidor que la norma contenida en el art. 74.2 RDL 1/2007, en lo relativo a la prohibición de anticipos y garantías aparece más estricto para el empresario.

<sup>28</sup> Se aludía al «derecho» de desistimiento en los arts. 3.2 y 5.3 y 6 LCFEM. Se emplea la misma expresión en los arts. 40.1.f, 44 y 47 LOCM, art. 9.2 LVPBM, art. 8.2 j LDAT, art. 4 RD 1609/1999 y arts. 10 y 11 LCDSF, EM II, pár. 14.º, arts. 60.2.g, 69 a 79, 93.2, 101, 102, 110 y 111 RDL 1/2007. Se presenta como «facultad» en los arts. 7.14 y 9.3 LVPBM y en la EM I, pár. 8.º LDAT. Se recurre, a la vez, a ambas categorías en el art. 68.1 RDL 1/2007.

<sup>29</sup> Véase MESSINA en *Novissimo Digesto italiano*, UTET, 1960, p. 737 (la versión coincide con la que aparece en el *Nuevo Digesto Italiano*). MESSINA cita a ZITELMANN, ENNECERUS y a SECKEL como «i padri spirituali della nuova categoria», ob. cit., nota 2.

Por lo demás, la jurisprudencia ha recurrido a la categoría de «derecho potestativo» a fin de calificar la facultad de desistir en el marco de contratos de duración indefinida o la prevista en el art. 1454 CC. Véanse, en este sentido, las SAP Madrid, de 4 de marzo de 1998 (AC 1998/7074); SAP Burgos, de 16 de noviembre de 1998 (AC 1998/7760); SAP Cantabria, de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2001/120199). A propósito de las llamadas arras penitenciales, se emplea también aquella categoría a fin de definir las en la SAP Barcelona, de 3 de marzo de 2000 (AC 2000/899).

<sup>30</sup> Véase Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, tomo II, Buenos Aires, 1952, p. 421, nota 5 («La unilateralidad del desistimiento alude al hecho de que éste opera en virtud de un acto unilateral y no al hecho de que solamente una de las partes puede servirse del desistimiento»).

<sup>31</sup> A diferencia, por ejemplo, de las acciones de resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) o de anulabilidad del contrato (art. 1301 CC), que se ejercen por vía de acción, en demanda o en reconvencción.

<sup>32</sup> Se anuda a la voluntad unilateral, discrecional o *ad nutum*, un efecto que, en estas mismas circunstancias, sólo podría provocar un negocio bilateral, a saber: el desistimiento mutuo [o «mútuo consentimiento para dar por extinguida la relación contractual» (véase en art. 4 k, de la Orden de 19 de julio de 1999, *Por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Bienes Muebles a Plazo*) o «mútuo acuerdo» con los mismos fines (así, en art. 19.4 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de *Ordenación de la Edificación*)]. Desistir, pues, no implica sólo *separarse o desvincularse del contrato*; implica *extinguirlo* [véase, sin embargo, acudiendo a la categoría de la *ineficacia contractual*, el art. 68.1 RDL 1/2007: «1. El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado (“...”)»]. La eficacia extintiva del desistimiento se sigue de la voluntad de quien desiste y de las consecuencias legales de su ejercicio. Y aún cabe precisar: a) Que la extinción lo es del *contrato*, y no sólo ni siempre de las *obligaciones* [véase, desde esta última perspectiva, el art. 5.2 Directiva 1985/577; art. 15 Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores*; art. 5:105 (1) *Acquis Principles*; art. 8 Directiva 2008/122, del Parlamento

boración, ni con su conformidad<sup>33</sup>. Su intervención se limita a la de aparecer como simple destinatario o receptor de aquella declaración. Pese a ello, su posición jurídica se verá claramente afectada: no sólo se extinguirá el contrato y, con ello, las obligaciones aún pendientes de pago o cumplimiento, sino que aparecerá como deudor o acreedor de otras que nacerán por y con el ejercicio de la facultad de desistir<sup>34</sup>.

La eficacia del desistimiento requiere que la facultad se ejercite «a tiempo» o «en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho» (art. 68.1 RDL 1/2007)<sup>35</sup>. Se trata, en consecuencia, de una facultad de duración limitada y caducable<sup>36</sup>. Transcurrido el plazo de ejercicio sin desistir, decaerá la posibilidad de hacerlo: la facultad se habrá extinguido<sup>37</sup>.<sup>38</sup> La cuestión invita a analizar los pla-

---

Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, *relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (...)*. Es perfectamente posible que el contrato se haya consumado antes de desistir (de ahí, por ejemplo, la recíproca obligación de restitución *ex art.* 74 RDL 1/2007). En estos supuestos, lógicamente, el desistimiento no puede incidir sobre unas obligaciones que ya se extinguieron por cumplimiento o pago (véase apart. 3.1.2.2 de este mismo trabajo). *b)* Que el desistimiento extingue el contrato y no sólo la relación jurídica. Su eficacia es retroactiva (véase, a propósito de la facultad prevista en la Dir. 94/47, la SAP Málaga, de 6 de octubre de 1998 (AC 1998/2082) (FJ.º 2.º) Sólo se extinguirá la relación, pero no el contrato, en aquellos casos en que el desistimiento funcione como medio para establecer el momento en que finaliza la propia relación. Su eficacia será entonces *ex nunc* y no afectará a las prestaciones satisfechas (véase, por todos, M.ª José VAQUERO PINTO, «El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Libro Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, tomo II, Madrid, La Ley, 2006, p. 907). *c)* Que el efecto extintivo se produce necesariamente. El carácter condicional del art. 9.2 LVPBM («*Si como consecuencia del ejercicio de este derecho se resolviera el contrato...*») obedece a los requisitos para desistir eficazmente (véase art. 9.1 LVPBM).

<sup>33</sup> El efecto extintivo del contrato es el efecto buscado y querido por el consumidor. La declaración de desistimiento se configura, así, como un negocio jurídico unilateral. De ahí, por ejemplo, que sea impugnabile por vicios del consentimiento o por falta de capacidad.

<sup>34</sup> Véanse, por el ejemplo, arts. 74 y 76 RDL 1/2007.

<sup>35</sup> A estos efectos, el art. 71.4 RDL 1/2007 opta por la fecha de expedición de la declaración de desistimiento a fin de determinar la observancia del plazo.

<sup>36</sup> Véase, indicando explícitamente este efecto, el art. 4.3 *in fine* RD 1609/1999. Por lo demás, aquella caducidad no obsta, si procede, al ejercicio de otras acciones (art. 78 RDL 1/2007).

<sup>37</sup> Véase, acerca de la vinculación entre la naturaleza de un derecho y su prescriptibilidad o caducidad, Bernardo GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, Montecorvo, 1990. Afirma el autor que la configuración de un plazo como de caducidad o prescripción no depende tanto de la naturaleza del derecho de cuyo ejercicio se trata, cuanto del criterio del legislador. De ello resulta que el carácter caducable de la facultad de desistimiento no se induce necesariamente de su naturaleza como facultad de configuración jurídica. Que no sólo y siempre caducan los derechos potestativos se induce, además, del art. 122-1.1 del Código civil de Cataluña: el precepto no sujeta a caducidad todas las acciones y poderes de configuración jurídica, sino que se limita a declarar que se extinguen por el transcurso del tiempo, sólo, «las acciones y poderes de configuración jurídica *sujetos a caducidad*».

<sup>38</sup> De ahí que el desistimiento extemporáneo pero aceptado por el profesional sea, realmente, un caso de mútuo disenso [véase, en este sentido, la SAP Castellón, de 30 de noviembre de 2002 (AC 2003/174) (FJ.º 5.º)]. No llega a calificar el supuesto como de

zos de ejercicio legalmente previstos para desistir y, a propósito de ellos, su *dies a quo* y la relevancia que alcanza en este particular el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información y documentación contractuales previstos legalmente a cargo del empresario.

### 3.1 Los plazos para desistir: sus distintos modos de fijación

En la fijación de los plazos de ejercicio, el derecho comunitario y, a sus resultas, el derecho interno no se muestran uniformes. Los plazos varían de una reglamentación a otra, aunque, ciertamente, se constata una tendencia hacia su ampliación y armonización<sup>39</sup>.

#### 3.1.1 EL PLAZO GENERAL Y LOS PLAZOS ESPECIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A DESISTIR

El art. 71 RDL 1/2007 proporciona el régimen general del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento<sup>40</sup>. Su generalidad se

mútuo disenso, pero sí a declarar la validez de la revocación realizada pasado el plazo de 7 días previsto en la LCFEM y consentida por el vendedor].

<sup>39</sup> «(...) en particular, las diferencias en lo relativo a los plazos y a los métodos de cálculo de los plazos de desistimiento (...)», es uno de los «problemas encontrados» por la Comisión en su proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, las divergencias entre los diferentes derechos nacionales (véase *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Un derecho contractual europeo más coherente*, DO, C 63/1, 15 de marzo de 2003, párr. 16.º). En su *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*, la Comisión planteaba la siguiente cuestión: «¿Conviene armonizar y normalizar íntegramente la duración y las modalidades de los plazos de desistimiento fijados en las Directivas para la venta a domicilio, la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y la venta a distancia?» [COM (2006) 651 final, p. 4]. La propia Comisión sugiere dos posibilidades en su *Green Paper on the Review of the consumer acquis*: «(...) The horizontal instrument could provide for common rules on the times frames for all types of contracts for which a right of withdrawal exists, so as to increase legal certainty. An alternative could be to group the directives into two categories attaching to each of the specific withdrawal period. The reason for this would be that different directives grant consumers a right to withdrawal for different reasons, e.g., to allow consumers to compare the price and quality of the products ordered in a door step situation with alternative offers or to allow consumers to see the product ordered at a distance» (DO C 61, de 15 de marzo de 2007, pp. 13 y 14). Por lo pronto, se unifican sólo los plazos de desistimiento en las modalidades de contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil en la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores* (cit.) [EM (25)]. La Directiva 2008/122 opta por prolongar el plazo para desistir y hace suyo también el propósito de armonizar «la duración del plazo, así como las modalidades y efectos del ejercicio del derecho de desistimiento» [EM (11)]. A los mismos fines obedece la regulación del derecho a desistir en la Directiva 2008/48 [véase EM (34)]. En este particular, se indica haber procedido atendiendo la regulación contenida en la Directiva 2002/65.

<sup>40</sup> Distinto del plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento es el plazo para informar al profesional «acerca de (la) intención» de desistir que, como auténtica novedad, aparecía en el art. 13.2 de la Propuesta modificada de Directiva de *Crédito al Consumo* [COM (2005) 483 final]. Esta comunicación desaparece en el texto definitivo que, por el

explica porque, más allá de requerir que se haya contratado con un consumidor, no precisa ni de una determinada modalidad de contratación ni que el contrato recaiga sobre determinados tipos de bienes o servicios. Aquella generalidad, por otra parte, facilita la aplicación supletoria de la norma a todo derecho de desistimiento (arg. *ex arts.* 68.3 y 79, párr. 1.º, RDL 1/2007).

### 3.1.1.1 *El art. 71 RDL 1/2007*

Proporciona tres reglas fundamentales, a saber:

– En primer lugar, la relativa a la fijación de un plazo mínimo para el ejercicio del derecho a desistir, que es de siete días hábiles<sup>41</sup>. La referencia al carácter «mínimo» del plazo no implica que todo derecho de desistimiento atribuido legalmente disponga, como mínimo, de un plazo de siete días para ser ejercido. De otro modo, el art. 71 RDL 1/2007 no resulta preceptivo para el propio legislador que, obviamente, puede dictar una norma estableciendo un plazo inferior. La prelación de fuentes de regulación *ex art.* 68.3 RDL 1/2007 aboca a esta conclusión. De este modo, regirá en primer lugar la disposición legal que corresponda, que puede establecer un plazo distinto al de siete días, inferior o superior; plazo que, por lo demás, puede imponerse a las partes con carácter imperativo o permitir pacto en contrario<sup>42</sup>. Siendo ello así, el art. 71 RDL 1/2007 resultará de aplicación en casos de atribución legal de la facultad de desistir sin indicación del plazo de ejercicio. Y la

---

contrario y a propósito de la facultad de desistir, incorpora un nuevo plazo, a saber: aquél «antes de cuyo vencimiento no pueda comenzar la ejecución del contrato» y que, en su caso, puede regular el Derecho interno (véase art. 14.7 Directiva 2008/48). Con todo, la previsión de disposiciones nacionales de tal naturaleza no es nueva (véase, por ejemplo, art. 6.1 *in fine* Directiva 2002/65).

A propósito de aquel «aviso» o comunicación previa, mas en el ámbito de la contratación a distancia, véase la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 97/7, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia* [Bruselas, 21 de septiembre de 2006, COM (2006) 514 final, p.12].

<sup>41</sup> El plazo de siete días aparecía también en el art. 5 de la Directiva 1985/577. Era de «siete días laborables» en el art. 6 de la Directiva 1997/7 (véanse, respectivamente, los arts. 5 LCFEM y art. 44 LOCM). Con todo, su referente más remoto puede encontrarse en el art. 3 de la Loi n.º 72-1137, de 22 de décembre de 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, que atribuía al cliente la facultad de «renoncer» al contrato «dans les sept jours, jours fériés compris» y que, sin duda, fue una de las regulaciones que el Consejo tuvo presente al redactar la Propuesta de Directiva en materia de contratación con consumidores [véase apartado II «*Situation juridique dans les Etats membres et bases juridiques de la directive*» de la Propuesta de Directiva (COM, (76), 544)]. Siendo ello así, quizás la razón de ser de aquel plazo era la indicada por CALAIS AULOY: «(...) Non sans débats la longueur du délai a été fixée à sept jours, de façon que l'intéressé mette à profit la fin de semaine pour réfléchir et demander conseil» (véase en «La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs», *Recueil Dalloz Sirey*, 34.º Cahier, 1973, p. 206).

<sup>42</sup> O permitirlo a partir de un plazo mínimo, o hasta un plazo máximo, o entre un mínimo y un máximo...

referencia al carácter «mínimo» de los siete días hábiles se dirige a los contratantes, que podrán pactar un plazo superior<sup>43, 44</sup>.

– En segundo lugar, determina el *dies a quo* de su cómputo<sup>45</sup> que, presupuesto el cumplimiento por el profesional del deber de información y documentación relativo al derecho (art. 69 RDL 1/2007), se establece en función de la naturaleza de la prestación contratada, así: a partir de la recepción del bien o de la celebración del contrato si se tratare de la contratación de servicios<sup>46</sup>.

– En tercer lugar, proporciona el régimen aplicable en caso de incumplimiento de aquellos deberes que, esencialmente, se traduce en una prolongación del plazo mínimo inicial, que se extiende hasta tres meses a contar desde la recepción del bien o la celebración del contrato. Si en el ínterin se diera cumplimiento a lo previsto en el art. 69 RDL 1/2007, el plazo inicial se computará a partir de ese momento<sup>47</sup>. Por lo dicho, el art. 71.3 RDL 1/2007 sólo regirá en defecto de disposición especial sobre el particular; de otro modo, el legislador puede perfectamente anudar al incumplimiento de los deberes de información y documentación un plazo para desistir que exceda o que no llegue a los tres meses. Por lo demás, en el contexto del art. 71.3 RDL 1/2007 resulta plenamente justificada la falta de toda referencia al carácter «mínimo» o «máximo» del plazo: de haberla, se trataría de una indicación dirigida a las partes, siendo así que carece de lógica que éstas prevean las consecuencias de la

<sup>43</sup> ¿Realmente resulta necesaria esta indicación, de forma que, de no haberla, sería nulo todo pacto por el que se conviniese un plazo superior a los siete días? Obviamente, no (véase, por ejemplo, declarando la validez de las cláusulas contractuales que mejoren, a favor del consumidor o usuario, el régimen legalmente previsto, art. 107 RDL 1/2007). En su caso, confirma que lo que no es posible es pactar un plazo inferior.

<sup>44</sup> El art. 71 RDL 1/2007 tampoco se impone imperativamente en caso de derecho de desistimiento de origen convencional. La prelación de fuentes *ex* art. 79 RDL 1/2007 sustentaría la validez de un pacto por el que se fijase un plazo de ejercicio inferior a los siete días hábiles. De este modo, el art. 71 resultará sólo aplicable en caso de no haberse pactado plazo y, en este contexto, el carácter «mínimo» de los siete días hábiles carece de sentido (véase, operando del mismo modo, el art. 10.2 LOCM).

<sup>45</sup> Véase, sin embargo, el apartado 3.1.2.1 de este trabajo.

<sup>46</sup> El precepto sugiere preguntarse por la determinación del momento inicial del cómputo en caso de prestaciones mixtas (bienes y servicios). Un referente lo proporciona el régimen del contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Del art. 1 LDAT resulta la naturaleza mixta de la prestación debida: la entrega de un alojamiento y los servicios complementarios. En este particular, el art. 10 LDAT se fija en el momento de la firma del contrato. Por lo demás, el art. 71 RDL 1/2007 tampoco precisa qué debe entenderse por «recepción» y cuándo debe entenderse producida en supuestos complejos (así, por ejemplo, a propósito de la facultad de desistimiento en caso de entrega de más de un bien, de forma simultánea o por separado, o de entrega de un bien en lotes o por partes, véase la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 1997/7/CEE, en materia de contratos a distancia* [Bruselas, 21 de septiembre de 2006, COM (2006), 514 final, p. 11] y la Propuesta de Directiva, del Parlamento y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores*, cit, EM (26)].

<sup>47</sup> De este modo, el plazo máximo para desistir no podrá ir más allá del que resulte de sumar a los tres meses el plazo legalmente previsto para desistir.

falta de información o documentación relativas al propio derecho de desistimiento<sup>48</sup>.

### 3.1.1.2 *Los plazos en la contratación sobre determinados bienes o servicios y en determinadas modalidades contractuales*

La regulación del plazo para desistir en la contratación fuera de establecimiento mercantil y en la contratación a distancia exige analizar, entre otros extremos, el relativo a su conformidad con el derecho comunitario. Esta misma regulación y la concerniente a la contratación a distancia de servicios financieros avalan supuestos en los que la facultad de desistimiento es de duración temporalmente ilimitada. En el ámbito de la contratación de determinados bienes o servicios, cobra protagonismo la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007. Veámoslo.

- I. El plazo en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y en la contratación a distancia. En particular, los deberes de información y documentación relativas al derecho y su incumplimiento: la facultad de desistimiento temporalmente ilimitada

¿Es conforme con el derecho comunitario la regulación en materia de contratos a distancia? ¿Lo es la relativa a contratos fuera de establecimiento mercantil? ¿En qué términos una y otra resultan compatibles con la actual Propuesta de Directiva *sobre derechos de los consumidores*?

– A propósito de la facultad de desistir en la contratación a distancia, el art. 101 RDL 1/2007 nada indica acerca del plazo de ejercicio. Se diría que la razón se halla en el contenido del art. 71 RDL 1/2007, que casi coincide con el art. 44.1,4 y 5, y con la derogada disposición adicional 1.ª 4 LOCM. En esencia, se concede en ambos casos un plazo mínimo de siete días hábiles, que se prolonga hasta tres meses en caso de incumplimiento de los deberes de información y documentación. Coinciden también en el *dies a quo* y en la posibilidad de subsanar aquella falta de documentación o información en los antedichos tres meses, computándose a partir de entonces el plazo inicial. Se diría, en fin, que el régimen que en materia de plazo resulta de la LOCM se ha elevado a régimen general.

<sup>48</sup> ¿Resultará aplicable el art. 69 RDL 1/2007 y, a sus resultados, el art. 71.3 RDL 1/2007 al desistimiento de origen contractual? Piénsese, por ejemplo, en el derecho de desistimiento aludido en la oferta contractual (arts. 68.2 y 79, 1.º párr. RDL 1/2007), del que nada se dice después en «*el documento contractual*» (art. 69.1 RDL 1/2007) y a propósito del cual el empresario no entrega ningún documento al consumidor.

Sin embargo, la coincidencia no es plena y no lo es, precisamente, a propósito del incumplimiento de los deberes de información y documentación. Así: a) en el contexto del art. 44 LOCM, la extensión del deber de información resulta del art. 47 LOCM, cuyo contenido no se limita al derecho de desistimiento. Tal limitación existe, sin embargo, en el art. 69.1 RDL 1/2007, alusivo sólo a aquella facultad. La consecuencia es que el consumidor al que se omitan determinados datos relativos al contrato [léase, por ejemplo, la información relativa a las garantías comerciales existentes (art. 47.1.c)], no se verá favorecido con la prolongación del plazo para desistir que, por el contrario y en estas mismas circunstancias, sí beneficiará a otros clientes del comercio minorista. b) En tanto el incumplimiento de aquellos deberes faculta al comprador para «resolver» el contrato (art. 44.5 LOCM), en el contexto del art. 71.3 RDL 1/2007 simplemente se prolonga el plazo para «desistir». La cuestión, sin embargo, parece más terminológica que material, y es que no se alcanzan a ver las diferencias que, entre un caso y otro, se siguen del empleo de un término distinto<sup>49</sup>. c) Si en el plazo de tres meses a contar desde la recepción del bien (art. 44.7 LOCM) se facilita o completa la información ex art. 47 LOCM, el comprador dispone a partir de entonces de un «período de siete días hábiles para el desistimiento» (art. 44.5 LOCM). En este mismo supuesto, el plazo concedido para desistir es, en el art. 71.3 RDL 1/2007, «el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento» que, recordemos, es de siete días hábiles como «mínimo». La diferencia estribaría, pues, en la extensión de este plazo: mientras en el RDL 1/2007 regiría, si lo hubiera, el plazo inicialmente pactado y por definición superior a los siete días, en el contexto de la LOCM sería necesariamente de siete días hábiles a pesar de haberse acordado un plazo superior para el ejercicio de la facultad de desistimien-

<sup>49</sup> Una lectura del art. 44 LOCM a la luz de la Dir. 97/7 aboca a la doctrina a interpretar la «resolución» como un plazo especial para desistir [así, como una «sanción civil con efectos en el plazo que se prolonga hasta un máximo de tres meses (...)»], en Alicia ARROYO APARICIO, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Pamplona Aranzadi, 2003, pp. 353 y 358; le sigue Sandra CAMACHO CLAVIJO, «El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista)», Diario «La Ley», www.laley.net, núm. 6466, jueves, 20 de abril de 2006; a propósito de la Directiva, entiende que el plazo de tres meses es para «resolver» porque «en realidad estamos ante un supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de información», Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *RCDI*, núm. 600, 2000, p. 2375). Por lo demás, el texto de la ley no resulta determinante: mientras el art. 40.1.f LOCM militaría a favor de la configuración del plazo para resolver como un plazo especial para desistir [«(...) el vendedor (...) deberá suministrar (...) la siguientes información (...): (...) la existencia de un derecho de desistimiento o revocación (...)»], lo harían en contra los arts. 43.3 y 47.1.a), alusivos a las facultades de desistimiento «y» revocación.

to. Todo ello no tendría otra relevancia que la meramente descriptiva de uno y otro régimen si no fuera porque, habiéndose modificado el régimen de la contratación a distancia con consumidores, procede valorar su conformidad con el derecho comunitario. En este sentido, no plantea mayor problema anudar a la falta de información la prolongación del plazo para «desistir», en lugar de reconocer entonces la de «resolver» el contrato. También se trata de una única facultad, a ejercer en un plazo más o menos corto, en el art. 6 Dir. 97/7. Tampoco suscita dudas de conformidad permitir que el consumidor desista en el plazo inicialmente acordado en caso de subsanarse a tiempo la falta de información o documentación. En su caso, ello simplemente implica elevar legítimamente el nivel de protección dispensado en la Dir. 97/7 (art. 14). Pero sí merece otro comentario el supuesto desencadenante del plazo extraordinario para desistir. Y es que limitarlo al incumplimiento del deber de informar acerca de la facultad de desistimiento sí vulnera los arts. 5 y 6 Dir. 97/7, alusivos también a otros extremos del contrato.

– Son dos las salvedades que incorpora el art. 110 RDL 1/2007 a propósito de la aplicación del régimen general de la facultad de desistimiento a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. La primera atañe al plazo para desistir, que se cifra en «siete días naturales»<sup>50</sup>; plazo que resulta inferior al general *ex art. 71 RDL 1/2007* (que también es de siete días pero «hábiles») y que, formalmente, no se presenta como «mínimo»<sup>51</sup>. La segunda se refiere al día inicial del cómputo, que «empezará a contar desde la recepción del documento de desistimiento, si éste es posterior a la entrega del producto contratado o a la celebración del contrato, si su objeto es la prestación de servicios». Su antecedente es el art. 5 LCFEM, cuyo contenido innova y aclara: lo primero porque también se declara expresamente aplicable a los contratos relativos a la prestación de servicios, y lo segundo porque concreta el *dies a quo* del cómputo. En este sentido, y frente a la escueta y controvertida alusión al momento de «la recepción» del art. 5 LCFEM<sup>52</sup>, el

<sup>50</sup> Véase, aludiendo también a días naturales, el art. 108 *h*) 3.º RDL 1/2007. También eran días civiles en la LCFEM y en el art. 5 Dir. 85/577 (véase art.3.3 Reglamento 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, *por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos*).

<sup>51</sup> Sin embargo, que duda cabe que es válido el pacto por el que se otorga un plazo mayor y que, por el contrario, pretender disminuirlo implica renunciar a una de las condiciones esenciales del derecho (arg. *ex art. 107.3 RDL 1/2007*).

<sup>52</sup> Admitiendo que la recepción se refería al producto, véase, Angel FERNÁNDEZ-ALBOR BATAR, «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas de la Ley 26/1991», *Revista de Derecho Mercantil*, abril-junio, 1993, p. 601; Gemma BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelonsa, Bosch, editor, 1994, p. 252. Por el contrario, vinculándola a la entrega del documento de revocación, véase Juan Ramon GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, p. 188 (véase, tam-

art. 110 RDL 1/2007: por una parte, constata la aplicación del régimen general en caso de cumplimiento de los deberes de información y documentación (a saber: entrega del producto *v.* celebración del contrato; art. 71.1 RDL 1/2007) y, por otra, aporta una regla especial para el caso de cumplimiento tardío<sup>53</sup> o incumplimiento. La disposición, por lógica y por un elemental criterio de conformidad con el derecho comunitario<sup>54</sup>, no puede verse como una simple repetición del art. 71 RDL 1/2007 que también, en caso de entrega tardía de la documentación contractual, posterga hasta este momento el inicio del cómputo del plazo para desistir (art. 71.3 *in fine* RDL 1/2007). Por el contrario, el art. 110 RDL 1/2007 proporciona una regla especial (y, se diría, completa) que excluye la aplicación subsidiaria del art. 71 RDL 1/2007, a saber: la recepción del documento de desistimiento determina el inicio del cómputo del plazo para desistir, siendo así que no hay plazo máximo para que ello ocurra. No rigen los tres meses *ex* art. 71.3 RDL 1/2007, luego la facultad de desistimiento no caduca en todo caso.

A propósito de lo anterior, y a semejanza de lo previsto en el art. 71 RDL 1/2007, el art. 110 RDL 1/2007 podría haber anudado el inicio del cómputo para desistir al debido cumplimiento de los deberes de información y documentación, y no sólo a éste último. Del art. 111.2 RDL 1/2007 resulta que las indicaciones relativas al derecho a desistir («*requisitos y consecuencias*») deben constar en el «*documento contractual*» o contrato, y no en el de desistimiento (cuyo contenido no se precisa; véase, sin embargo, art. 69.1, *in fine* RDL 1/2007, probablemente inspirado en el art. 3.3 LCFEM). Ello, literalmente interpretado, permitiría que la entrega de un documento con una escueta referencia al derecho a desistir determinara el inicio del plazo para ejercerlo, siendo así que el consumidor puede no haber sido informado ni del propio plazo de ejercicio, ni de sus

---

bién, admitiendo la devolución de las mercancías transcurridos siete días desde su recepción, siendo así, sin embargo, que no había sido entregado el documento de revocación, la SAP Cantabria, de 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/52); por lo demás, se constata en la práctica la fijación convencional del *dies a quo* atendiendo al momento de «recepción del pedido»; así, en las SAP Madrid, de 11 de octubre de 2005 (JUR 2005/252295) (FJ.º 4.º); SAP Madrid, de 10 de mayo de 2006 (AC 2006/929) (FJ.º 2.º); SAP Alicante, de 21 de marzo de 2006 (JUR 2006/193679) (FJ.º 1).

<sup>53</sup> A tenor del art. 111.3 RDL 1/2007, la entrega del documento de desistimiento debe seguir a la suscripción del contrato (véase art. 3.4 LCFEM).

<sup>54</sup> Véase la STJCEE, de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481-99, conocida como STJCEE *Heininger*. El Tribunal declaró que no era conforme con el derecho comunitario y, en especial, con la Dir. 577/85 aquella disposición nacional que, para el caso de incumplimiento por el empresario de los deberes de información previstos en el art. 4 Dir. 577/85, limita en el tiempo la facultad de desistir del consumidor (véase, comentándola, Martin EBERS; Esther ARROYO I AMAYUELAS, «“Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*», *RFDUG*, 9, 2006, pp. 430 y ss.) (véase, también, la STJCEE, 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06, *Hamilton v. Volksbank Filder eG*. y apart. 3.1.2.2 de este trabajo).

consecuencias «(...) incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido (...)» (arg ex art. 69.1 RDL 1/2007). Sin perjuicio de la acción de nulidad que procediese (art. 112 RDL 1/2007), un supuesto como el descrito vulneraría, como mínimo, los arts. 4 y 5 Dir. 577/85, de cuya lectura conjunta se desprende que el inicio del plazo para desistir requiere que el consumidor haya sido informado de «su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el artículo 5»; de otro modo, no puede iniciarse aquel cómputo si la información se refiere sólo al derecho, sin incluir los plazos legalmente previstos para ello.

– La Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores*, incorpora una propuesta de regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. La regulación del plazo para desistir difiere de la prevista, para estas mismas modalidades contractuales, en el RDL 1/2007. Varía su duración, que se extiende a catorce días naturales<sup>55</sup>,<sup>56</sup>, y varía el momento inicial del cómputo tratándose de contratos fuera de establecimiento mercantil<sup>57</sup>: sin distinguir ya entre contratación de bienes o servicios, se fija aquél en la firma del formulario de pedido o, si no es en papel, en su recepción en otro soporte duradero (art. 12.2)<sup>58</sup>. Por lo demás, es el art. 13 el que contempla el posible incumplimiento, por el empresario, de sus deberes de información y documentación acerca del derecho de desistimiento y lo hace atribuyendo en tal caso al consumidor un plazo de tres meses

<sup>55</sup> La referencia la proporciona la Directiva 2002/65 (véase, justificándolo así, Peter MOGELVANG-HANSEN, Evelyne TERRY, Reiner SCHULZE, «Chapter 5: Withdrawal», en ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law*, cit. p. 170). También son catorce días civiles o naturales en el art. 14.1 de la Directiva 2008/48 y en el art. 6.1 de la Directiva 2008/122.

<sup>56</sup> En este particular interesa traer a colación la tramitación parlamentaria del art. 44 LOCM y, en especial, dos Enmiendas al texto del Proyecto de ley de Reforma de la LOCM por las que se proponía su ampliación a catorce días, a semejanza «del plazo señalado por la normativa comunitaria para la contratación a distancia de servicios financieros» (véase Enmienda núm. 5 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, «BOCG», Congreso de los Diputados, serie A, núm. 97-6, 2 de octubre de 2002). No fue la única: «(...) en la línea con lo ya regulado en cuanto al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (...)» se abogó también por extender aquel plazo a diez días (véase Enmienda núm. 30 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista).

<sup>57</sup> Tratándose de contratos a distancia, el período de desistimiento empezará «el día que el consumidor (...) adquiera la posesión material de cada uno de los bienes solicitados» o, en la contratación de servicios, «el día que se celebre el contrato» (art. 12.2, párs. 3.º y 4.º).

<sup>58</sup> El art. 1. 11) de la Propuesta define el «formulario de pedido» en los siguientes términos: «(...) el instrumento que establece las cláusulas contractuales que debe firmar el consumidor para celebrar un contrato fuera de establecimiento». Por lo demás, del art. 10 se desprende que la firma del formulario se configura como un requisito de forma (apart. 3) del que depende la validez del contrato (apart. 2).

para desistir<sup>59</sup>. La regulación atiende, aparentemente, sólo al incumplimiento de los deberes relativos al derecho de desistimiento. Ciertamente, sólo las faltas o defectos en la información o documentación suministrada que le conciernan activan aquel plazo extraordinario<sup>60</sup>. Sin embargo, tal y como se configura *dies a quo* de su cómputo es posible defender la relevancia, también en este particular y en este texto, de cualquier otro defecto informativo. A tenor del precepto, el inicio del cómputo requiere «*que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales*», entre ellas, la de facilitar información acerca de otros extremos contractuales (véase art. 9)<sup>61</sup>. En caso de incumplimiento ocurrirá, simplemente, que no podrá darse inicio al plazo para desistir o, de otro modo, que no empezarán a correr los tres meses para ello. La consecuencia añadida es que la duración de la facultad de desistimiento también puede resultar ilimitada; tampoco caducará en todo caso<sup>62</sup>. Por lo demás, el precepto no contempla el eventual cumplimiento por el empresario, a lo largo de los tres meses, de sus deberes de información o documentación estableciendo, como ocurre en otras ocasiones<sup>63</sup>, que a partir de entonces

<sup>59</sup> Artículo 13. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento. «*Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9, letra b), el artículo 10, apartado 1, y el artículo 11, apartado 4, el período de desistimiento expirará tres meses después de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales*».

<sup>60</sup> Con todo, no se trata sólo de la simple recepción del documento de desistimiento, cuyo contenido no se precisa, como sucede en el art. 110 RDL 1/2007. Por el contrario, al formulario de desistimiento debe acompañarse necesariamente información relativa al plazo y modo de ejercicio, y condiciones de devolución del producto y reembolso de cantidades abonadas (véase anexo I de la Propuesta).

<sup>61</sup> Sin duda que el tenor literal del precepto permite sustentar lo que se defiende en el texto. Sin embargo, es fácil pensar que el legislador comunitario tenía en mente otro supuesto. Así resulta del Considerando 27 de la Propuesta de Directiva: «*(...) Debe considerarse que el comerciante ha cumplido íntegramente sus obligaciones cuando ha entregado los bienes o ha prestado íntegramente los servicios solicitados por el consumidor*».

<sup>62</sup> Siendo ello así, ¿la Propuesta deja atrás la jurisprudencia sentada en la STJCEE *Heininger*? Sin duda que la perspectiva por la que opta el art. 13 es otra y muy distinta de la que resulta de la Dir. 577/85 (afectada por la cláusula derogatoria prevista en el art. 47 de la Propuesta) y de la STJCEE indicada. En este contexto, la falta o defectos informativos acerca del derecho de desistimiento obstaban a su caducidad. En la regulación proyectada, estos mismos defectos no impiden que la facultad caduque. En su caso, evitarán este efecto otras deficiencias informativas que no permitirán se que dé inicio al cómputo del plazo para desistir.

<sup>63</sup> Así, en el art. 6.1 Directiva 97/7; en el art. 5.1 (segundo guión), de la Directiva 1994/47 y en el art.6.4 Directiva 2008/122. Cuestión distinta es la de la lógica de la disposición. Ciertamente, podría pensarse que no reconocer al consumidor el plazo ordinario para desistir a partir del momento en que el empresario facilita o subsana los defectos informativos implica realmente dejar a manos de este último el ejercicio efectivo del derecho (y ello porque, por ejemplo, podría esperar al último momento del plazo extraordinario para informar al consumidor sin darle, prácticamente, tiempo para reflexionar acerca de su ejercicio). Ocurre, sin embargo, que aún hace menos el empresario que en el citado plazo persiste en su incumplimiento, siendo así que para estos casos el legislador no muestra ningún reparo en señalar, tras su transcurso, la caducidad de la facultad de desistimiento.

se inicia el plazo ordinario para desistir<sup>64</sup>. De ahí resultará: primero, que en ningún caso el plazo se prolongará más allá de los tres meses; segundo, que subsanado el defecto informativo apenas iniciado este plazo, el consumidor se verá favorecido por un plazo más largo para desistir (lo que resten de los tres meses...) que el que regiría en caso de puntual cumplimiento de aquellos deberes (a saber: los catorce días *ex art.* 13)<sup>65</sup>.

– La configuración de la facultad de desistimiento como derecho eventualmente no caducable no es una novedad en el derecho comunitario. Así parece en la Dir. 577/85 y en la Dir. 2002/65, en cuyo art. 6.1 el inicio del cómputo del plazo para desistir aparece vinculado a la recepción, por el consumidor, de las «*condiciones contractuales y la información*»<sup>66</sup>. No se contempla el supuesto de su no recepción o recepción defectuosa, ni se prevé un plazo máximo para desistir en estos casos. Y ocurre lo mismo en el art. 14.1 de la Dir. 2008/48<sup>67</sup>. En todos estos supuestos, la falta de información o documentación impiden dar inicio al cómputo del plazo para desistir, luego obstan a que la facultad caduque. Por lo demás, el art. 6 Dir. 2002/65 impide, a nivel interno, la aplicación del art. 71 RDL 1/2007 en sede de contratación a distancia de servicios financieros. Ciertamente, el art. 10.1, pár. 3.º, LCDSF, relativo al *dies a quo* del plazo para desistir [que es de catorce días naturales (art. 10.1, pár. 1.º, LCDSF)], fija aquel momento en el día en que el consumidor reciba la información contractual. No se contempla el supuesto de su no recepción<sup>68</sup>. Siendo ello así, la aplicación suple-

<sup>64</sup> Téngase presente que la Propuesta de Directiva opta por la armonización plena o, de otro modo, por establecer reglas uniformes a escala comunitaria, invariables por el legislador interno (véase Considerando 8.º y art. 4). Ello implica, en este particular, que para el caso de cumplirse con los deberes de información a lo largo de los tres meses, el legislador nacional no podría reconocer al consumidor, a partir de entonces, el plazo ordinario para desistir. Hasta ahora, similar disposición hubiera podido ampararse en el nivel mínimo de protección que dispensan las Directivas, intensificable a nivel interno. Aunque no siempre hubiera implicado mayor protección (léase, en este caso, «un plazo más largo para desistir»): así habría sido si aquella documentación llega a facilitarse a punto de expirar el plazo extraordinario para desistir, pero no en caso contrario.

<sup>65</sup> Esto último aparece corregido en el art. 5:103 *Acquis Principles*: facilitada la información tras la celebración del contrato, el plazo es de catorce días. Por lo demás, si en el art. 13 de la Propuesta el plazo para desistir no puede ir más allá de los tres meses, en el citado precepto el límite es un año a partir de aquella celebración. Todo ello con una salvedad: en caso de contratos por los que el empresario se obligue a la entrega de bienes, el plazo para desistir no puede expirar antes del transcurso de catorce días desde su recepción por el consumidor.

<sup>66</sup> A propósito de la relación entre la Dir. 2002/65 y la Propuesta de Directiva *relativa a los derechos de los consumidores*, véase art. 3.2 de esta última.

<sup>67</sup> En ambos casos, «*las condiciones contractuales y la información*» de cuya recepción se trata, van más allá de la facultad de desistimiento (véanse arts. 3.1, 4 y 5 Dir. 2002/65 y art. 7 LCDSF; art. 10 Dir. 2008/48).

<sup>68</sup> No se prevé ningún plazo para completar dicha información ni siquiera para proporcionarla (arg. *ex art.* 7.1 «El proveedor (...) deberá suministrar al consumidor *con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación (...)*»; art. 7.4 «La infor-

toria del art. 71.3 RDL 1/2007 impediría desistir más allá de los tres meses a contar desde la celebración del contrato (que también es el *dies a quo* «ordinario» en el art. 10.1 LCDSF). Mas dicha aplicación se ve impedida, precisamente, por una lectura de la LCDSF a la luz de la Dir. 2002/65. Y es que, parafraseando *Heininger*, no sería conforme al derecho comunitario la norma nacional que limitara en el tiempo la facultad de desistimiento en caso de falta del empresario a su deber de información, toda vez que en dicha Directiva no existe tal limitación.

Por lo demás y en línea de principios, la configuración de la facultad de desistimiento como derecho no caducable aparece como una reacción legislativa idónea para el caso de incumplimiento de los deberes empresariales de información y documentación<sup>69</sup>. Dos argumentos lo avalarían: uno, de política legislativa; otro, de lógica jurídica. Así, y en primer lugar, el carácter temporalmente ilimitado de la facultad de desistimiento podría contribuir, sin duda, a fomentar el puntual y exacto cumplimiento de los deberes de documentación e información. Puestos en la disyuntiva de cumplirlos o quedar ilimitadamente a expensas del desistimiento del consumidor (que, obviamente, puede llegar a tener conocimiento de su derecho por otros cauces), el profesional optará, muy pro-

---

mación sobre las obligaciones contractuales, que deberá comunicarse al consumidor *durante la fase precontractual (...)*; art. 9.1 «El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales (...) con suficiente antelación a la posible celebración del contrato (...); art. 9.2 «(...) el proveedor habrá de cumplir las obligaciones previstas en el apartado 1, *inmediatamente después de la formalización del contrato (...)*» (la vaguedad de alguna de estas expresiones y de alguna otra que figuraba en la Propuesta de Directiva (DO C 385, de 11 de diciembre de 1998, p. 10) ya fue criticada por el Comité Económico y Social que recomendó acompañarlas «de una expresión que fijase, para cada caso, un plazo máximo, como “que no exceda de 48 horas” o “dentro de un máximo de cinco días”, con objeto de evitar incertidumbre e inseguridad» (véase en DO C 169, de 16 de junio de 1999).

<sup>69</sup> Resulta muy ilustrativo en este particular el *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis* (DO C 61, 15 de marzo de 2007, p. 13). La Comisión se plantea cómo proceder a fin de proveer un régimen, coherente y efectivo, en materia de incumplimiento de los deberes de información y documentación. Y, en este contexto, constata que la extensión del plazo para desistir no siempre resulta una reacción «suficiente» dado que se trata de una facultad que, al menos en las Dirs. 97/7 y 94/47, necesariamente caducan [*«(...) Several Directives impose obligations on professionals to provide consumers with information before, at or before the conclusion of the contract. Failure to comply with these obligations in however regulated in an incomplete and inconsistent way (...) Even an extension of the cooling-off period for failure to provide information, as it is provided for in the distance selling and timeshare Directives, may not be sufficient since the consumer loses his right to withdraw from the contract within three months (...)»*]. Si esta necesaria caducidad obsta a la efectividad del desistimiento, ¿no resulta lógico, pues, plantear la posibilidad de configurarlo como temporalmente ilimitado?

Por su parte, el establecimiento de un plazo máximo para desistir de un año en los *Acquis Principles* se justifica en la voluntad de evitar, en otro caso, que el consumidor disponga de un derecho «eterno» de desistimiento. Se constata, sin embargo, que el *acquis communautaire* resulta incoherente en este punto al seguirse, en las distintas Directivas, criterios también distintos (véase en Peter MOGELVANG-HANSEN, Evelyne TERRY, Reiner SCHULZE, cit. p. 171).

bablemente, por lo primero. En segundo lugar, el posible ejercicio de un derecho presupone que su titular tiene o ha podido tener conocimiento de él. En concreto, casa mal con la idea de protección efectiva del consumidor permitir que transcurra el plazo para desistir sin que el consumidor sepa de los derechos que le asisten. En los textos analizados se parte del convencimiento de que si el consumidor no ha sido informado de su facultad no desistirá, precisamente y en primer lugar, por desconocer su derecho; de ahí que los plazos no corran sino a partir del momento en que se completa la documentación o información. Las últimas consecuencias de esta lectura, sin embargo, sólo se alcanzan en las Dir. 577/85, 2002/65 y 2008/48. Está por ver la redacción definitiva de la Directiva *relativa a los derechos de los consumidores*. A nivel de derecho interno, el criterio general es decididamente otro (art. 71.3 RDL 1/2007).

## II. El plazo para desistir en la contratación a plazos de bienes muebles y en la contratación de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. El alcance de la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007

En el art. 9.1 LVPBM el plazo para desistir, que es de siete días hábiles, se computa a partir de la entrega del bien<sup>70</sup>. En aquel texto, la falta de información sobre el derecho no repercute en el *dies a quo*, posibilitándose así que caduque aquella facultad sin que el comprador llegue a saber de su existencia<sup>71, 72</sup>. En similares circunstancias, la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007, sin llegar a impedir aquella caducidad, proporcionaría al menos al con-

<sup>70</sup> Era de tres días («siguientes a la entrega de la cosa») en el art. 8 de la Ley 50/65.

<sup>71</sup> En el momento de su entrada en vigor y hasta la aparición de la Dir. 2008/48, el art. 9.3 LVPBM se mostraba conforme con el derecho comunitario toda vez que la facultad de desistir prevista en el art. 9.3 LVPBM no obedecía a ninguna imposición comunitaria. La obligada incorporación de aquella Dir. (cuya fecha límite es el 12 de mayo de 2010) se traducirá, más allá que lo que se indica en el texto, a modificar el plazo ordinario para desistir, que deberá ser de catorce días civiles (art. 14.1 Dir. 2008/48). En este sentido, la LVPBM se verá necesariamente afectada toda vez que el aplazamiento del pago es una de las modalidades de crédito previstas en el art. 3 c) de la Dir. y en tanto resulta aplicable, aunque no exclusivamente, a los contratos celebrados con consumidores (a propósito del ámbito subjetivo de aplicación de la LVPBM, véase *supra* nota 17).

<sup>72</sup> El art. 9.2 LVPBM se limita a señalar, simplemente, que «la no constancia de tal cláusula en el contrato» no priva al comprador de la facultad de desistimiento. Por lo demás, su omisión en el contrato puede acarrear una penalización para el vendedor (arg. ex art. 8.5 «La omisión o expresión inexacta de las demás circunstancias del artículo anterior – entre las que se incluye la facultad de desistimiento prevista en el art. 7.14 como condición contractual obligatoria– podrá reducir la obligación del comprador a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o, en su caso, del nominal del préstamo. Esta reducción deberá ser acordada por el Juez si el comprador justifica que ha sido perjudicado»). El comprador, pues, puede aspirar a pagar menos si no se le informó del derecho a desistir.

sumidor un plazo más largo para desistir. Ocurre, sin embargo, que dicha aplicación supletoria no procede al primar, frente a ella, una interpretación del derecho nacional conforme a las Directivas; en este particular, una interpretación conforme a la Dir. 2008/48, de cuyo art. 14.1 resulta que la falta de información o documentación contractuales impide iniciar el cómputo del plazo para desistir<sup>73</sup>. En el art. 71.3 RDL 1/2007 el régimen es otro y de signo opuesto; de ahí que, optar por su aplicación a la espera de la incorporación de la Dir. 2008/48, implicaría tanto como desconocer los principios que la inspiran.

A propósito del plazo para desistir, el esquema del art. 5 Dir. 94/47 se reproduce casi fielmente en el art. 10 LDAT. En ambos preceptos se concede al consumidor un plazo inicial de diez días naturales a contar desde la firma del contrato<sup>74, 75</sup>. En el art. 5 Dir. 94/47 dicho plazo se prolonga hasta tres meses en caso de falta de alguna de las menciones contractuales obligatorias (véase anexo I). Tal extensión también se recoge en el art. 10.2 DAT, si bien el desencadenante se describe en términos mucho más amplios: así, se produce, en caso de contravención del art. 9 LDAT, relativo al contenido contractual (comprensivo de más extremos de los que resultan del art. 5.1, 2.º guión Dir. 94/47); en caso de vulneración del art. 8 LDAT, relativo esencialmente a los contenidos mínimos de toda información promocional y, en fin, en caso de falta de concordancia entre los datos registrales facilitados al adquirente y los que constaren en el Registro de la Propiedad. En ambos textos, de subsanarse la falta de información en el indicado plazo de tres meses, se concede al adquirente, a partir de ese momento, el plazo inicial de diez días para desistir del contrato. De igual modo, en ambos preceptos y para el caso de haber transcurrido los tres meses sin haberse procedido a aquella subsanación, se facilita aún al adquirente un nuevo plazo adicional de diez días para dejar sin efecto el contrato. El régimen así descrito cierra el paso, por innecesario, al art. 71 RDL 1/2007 toda vez que los extremos previstos

<sup>73</sup> A propósito del principio de interpretación del derecho nacional conforme a las Directivas y cómo afecta al derecho anterior a ellas, véase SIXTO SANCHO LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, p. 81.

<sup>74</sup> A propósito de la Dir. 1994/47 y, en particular, del plazo previsto en el art. 5.1.º, el punto de inflexión fue una Enmienda presentada al art. 5 de la Propuesta de Directiva, que distinguía según el derecho adquirido se encontrara o no en el Estado de residencia del adquirente (véase en *Decisión sobre la posición común del Consejo sobre una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido*, DO C 2005, de 25 de julio de 1994, p. 168).

<sup>75</sup> «Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil» (art. 10.1 LDAT; véase art. 5.1, 1.º guión Dir. 94/47; art.3.4 Reglamento 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos).

en éste ya se abordan suficientemente en el art. 10 LDAT. Por el contrario, la aplicación subsidiaria del art. 69.1 RDL 1/2007 permite exigir al propietario, promotor o profesional transmitente la entrega de un documento de desistimiento<sup>76</sup>. Precisamente, esta obligación documental cobra especial protagonismo en el art. 6 Dir. 2008/122. El plazo para desistir, previsto inicialmente en catorce días naturales a partir de la celebración o recepción del contrato<sup>77</sup>, se prolonga hasta un año y catorce días en caso de no haberse cumplimentado y entregado el formulario de desistimiento [art.6.3.a)]. Aquella extensión se contrae a tres meses y catorce días si el defecto informativo y/o documental concierne a otros extremos contractuales [art. 6.3.b)]<sup>78</sup>. Se discrimina de este modo entre las distintas faltas informativas y/o documentales, siendo las que conciernen a la propia facultad de desistimiento las que determinan la máxima extensión de su plazo de ejercicio<sup>79</sup>.

En el art. 160 RDL 1/2007, a propósito de la «*resolución*» del contrato de viaje combinado, no se proporciona un plazo general para desistir, sino sólo un *dies ad quem*<sup>80</sup>: el consumidor y usuario podrá desistir «*en todo momento*» pero siempre antes de la salida<sup>81</sup>. Por lo demás, ni en la derogada LVV, ni en la regulación vigente sobre el particular se contemplan los efectos de la falta de informa-

<sup>76</sup> A tenor del art. 9.1.6.º LDAT, la referencia a la facultad de desistimiento, como mención contractual obligatoria, se reconduce a la reproducción en el contrato del propio art. 10 LDAT [véase, también, a propósito de la información precontractual, art. 8.2.º, j). No se alude a la necesidad de facilitar un documento de desistimiento, muy probablemente porque tampoco hay alusión a él en la Dir. (véase art. 5.2, Anexo I)]. Por lo demás, la aplicación en este contexto del art. 69.1 RDL 1/2007 plantea un problema añadido en caso de incumplimiento de aquella obligación documental, a saber: si el plazo extraordinario para desistir es el previsto en el art. 71 RDL 1/2007 o si, por el contrario y por analogía, debe atenderse al art. 10.2, 2.º pár. LDAT.

<sup>77</sup> A propósito de la extensión del plazo para desistir de diez a catorce días, véase Considerando 11 Dir. 2008/122. Véase, también, en relación al art. 5 de la Propuesta de Directiva, en el que el plazo era también de «*catorce días*», el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo. En el apartado 3.1.7 se sugería optar por días hábiles [COM (2007) 303 final].

<sup>78</sup> La Directiva se aleja así del art.5 de la Propuesta, que seguía fielmente el esquema de su precedente en la Dir. 94/47, a saber: si la información omitida se facilitaba en el transcurso de los tres meses siguientes a la firma del contrato, el plazo para desistir sería de catorce días a partir de dicho momento; de no subsanarse el defecto informativo, la facultad podía ejercerse en el plazo máximo de tres meses y catorce días desde la firma del contrato.

<sup>79</sup> Este juego de reglas incluye, también, la relativa al cumplimiento de los deberes informativos y documentales en el transcurso del año *ex* art. 6.3.a) o de los tres meses *ex* art. 6.3.b). El plazo para desistir será entonces de catorce días naturales a partir de ese momento.

<sup>80</sup> A partir del cual podrá determinarse, en cada caso, el plazo para desistir, que será más o menos largo según sea la antelación con la que se hayan contratado los servicios.

<sup>81</sup> Esto último se deduciría del art. 9.4.a) LVV que, al fijar la indemnización a satisfacer por el cliente en caso de desistimiento en función de su proximidad con la fecha de salida, avala que aquél sólo es posible (y eficaz) antes de dicha fecha.

ción relativa al derecho<sup>82</sup>. En este supuesto, obsta a la aplicación, sin más, del art. 71 RDL 1/2007, la propia estructura del precepto, que casa mal con la seguida en el art. 160 RDL 1/2007. Así, mientras en el primero se parte siempre de un determinado plazo (siete días o tres meses) a contar desde la celebración del contrato, en el segundo se fija sólo la fecha final límite, prescindiendo de cuál sea el intervalo de tiempo existente entre este momento y el de la contratación de los servicios que, por lo demás, puede ya de por sí superar perfectamente los tres meses<sup>83</sup>. En otro caso, a saber: de mediar un corto espacio de tiempo entre la contratación del viaje y su salida, el recurso al art. 71.3 RDL 1/2007 y, a su amparo, el reconocimiento al consumidor de un plazo de tres meses para desistir puede plantear problemas de aplicación en aquellos casos en que el contrato ya ha sido plenamente ejecutado<sup>84</sup>.

### 3.1.2 A PROPÓSITO DEL *DIES A QUO* Y EL *DIES AD QUEM* PARA DESISTIR: ENTRE LA CELEBRACIÓN Y LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Más allá de la previsión legal de un determinado plazo para desistir a contar desde un determinado momento, resulta de interés valorar si, y en qué medida, el momento de la celebración del contrato y el de su ejecución inciden en aquel cómputo.

#### 3.1.2.1 *La celebración del contrato y el dies ad quem para desistir*

¿Puede desistirse válidamente del contrato antes del momento fijado legalmente como *dies a quo*? La cuestión se plantea, y cobra sentido, en el marco de aquellas regulaciones que vinculan el inicio del cómputo del plazo para desistir con un momento que puede no coincidir y ser posterior al de la perfección del contrato; así, con la recepción del bien (art. 71.2 RDL 1/2007; art. 12.2, 2.º pár. Propuesta Dir. *relativa a los derechos de los consumidores*), o con la recepción o subsanación de la información y documentación contractuales (art. 71.3 RDL 1/2007; art. 110, 2.º pár. RDL 1/2007; art. 10.2 LDAT; art. 7.1 LCDSF; art. 14.1 *b*. Dir. 2008/48; art. 6.2. *b*. Dir. 2008/122). Sin embargo, si con y por el desistimiento se extin-

<sup>82</sup> De hecho, ni en la regulación anterior ni el vigente aparece una expresa y específica mención a la facultad de desistimiento o «resolución» como contenido contractual obligatorio [véase arts. 152, *i*) y 156 *d*)]. En cualquier caso, el deber de información resultaría del art. 69.1 RDL 1/2007.

<sup>83</sup> En estos casos, claro está, carecería de todo sentido aplicar el art. 71.3 RDL 1/2007 en caso de falta de información.

<sup>84</sup> A propósito de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, el art. 80.1. *b*), 2.º pár. ordena atender al art. 71 RDL 1/2007. La cuestión relativa al plazo para desistir se sustrae así de la regulación reglamentaria a la que alude el precepto.

que el contrato, parece que debiera bastar con su perfección a efectos de poder desistir. El argumento, por lo demás, descarta que el desistimiento pueda referirse a un momento previo al de aquella perfección.

#### I. El arrepentimiento en fase precontractual. El desistimiento de la oferta contractual emitida por un consumidor

La configuración de la facultad de desistimiento como causa extintiva del contrato no obsta, obviamente, a la posibilidad de articular la defensa del consentimiento o de la declaración de voluntad en fase precontractual. Los mecanismos no serían nuevos: emitida la oferta por el profesional y a fin de garantizar la reflexión del consumidor, cabría optar por el establecimiento de un plazo mínimo de vigencia de aquella oferta que, en dicho período, sería irrevocable (es el llamado *warm-up period*)<sup>85</sup> o, mejor, por supeditar la validez de su aceptación al transcurso de un período de tiempo mínimo a contar desde la recepción de la primera. En el primer caso, la aceptación sería válida con independencia del momento de emitirse (así, inmediatamente tras recibir la oferta o instantes antes de expirar su vigencia). En el segundo, por el contrario, resulta preceptivo agotar el llamado período de reflexión. La aceptación realizada antes carecerá de validez<sup>86</sup>. Ocurre, sin embargo, que estos supuestos no encajan, estrictamente, con la idea de arrepentimiento o, de otro modo, de reconsideración de lo ya hecho o declarado como ocurre con la facultad de desistimiento<sup>87</sup>. En estos casos, por el contrario, se facilita la reflexión previa a la emisión de la declaración de voluntad. Siendo ello así, la actuación sobre la declaración ya emitida sería posible al amparo de expedientes que tampoco serían nuevos, que se sitúan en un momento previo al de la perfección del contrato y que implican, precisamente, postergar en el tiempo dicha perfección. Cabría, en primer lugar, permitir la

<sup>85</sup> Véase art. 16 LCC. Otro exponente lo facilitaba, en el ámbito del derecho comunitario, el art. 3 de la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (DO, C, 385, de 11 de diciembre de 1998). Este período de reflexión desaparece, sin embargo, en la Propuesta modificada de Directiva [COM (1999) 385 final].

<sup>86</sup> Véase EM (pár. 11.º y 12.º) y art. 3.1.g y 3.2 Ley 43/2007, de 13 de diciembre, *de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio*. Se muestra altamente crítico con esta técnica Ángel CARRASCO PERERA, «Sellos, árboles y animales en todo caso» o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer el papel en el que se escriben las leyes», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 731, 28 de junio de 2007, p. 5.

<sup>87</sup> La idea de arrepentimiento se infiere de expresiones como «*droit de repentir*», «*ius poenitendi*», «*ripensamento*», «*pendimento*»... La jurisprudencia recurre también a este lenguaje (véase, por ejemplo, la SAP Barcelona, de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/4391), a propósito del derecho de revocación o «*arrepentimiento*» (FJ.º 2.º)).

retirada de la declaración emitida de tal modo que sólo tras el transcurso del plazo previsto al efecto se perfeccionaría la propia declaración<sup>88</sup> y, en su caso, el contrato. Antes, la declaración sería imperfecta. En este contexto, pues, la protección del consentimiento contractual del consumidor se articularía vía adición de un nuevo requisito a fin de entender perfeccionada su declaración: el transcurso del plazo «de reflexión» sin retirarla<sup>89</sup>. En segundo lugar, y sin alterar las reglas generales en materia de perfección de la declaración, cabría incidir igualmente sobre ella, revocándola. La declaración perfecta podría revocarse durante el plazo de reflexión, siendo así que hasta que no se agotara quedaría paralizada la perfección del contrato<sup>90</sup>. Ambas técnicas se proyectan sobre la perfección, en

<sup>88</sup> Tratándose, pues, de una declaración de voluntad recepticia, no sería suficiente su recepción o toma de conocimiento por el destinatario, sino que se precisaría además que expirara, sin ejercicio, el plazo para retirarla [a propósito de la perfección de la oferta y de la aceptación, descrita en términos de «eficacia» y vinculada a su «llegada» al destinatario, véase arts. 15, 18.2 y 24 del *Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, de 11 de abril de 1980 (CISG); arts. 2.1.3 (1) y 2.1.6 (2) de los Principios UNIDROIT sobre *los contratos comerciales internacionales* (versión 2004); pueden consultarse también los arts. 1.303 (2), (3) y 2.206 (1) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*].

<sup>89</sup> El concepto «retirada» se predica del hecho de impedir la perfección de la declaración *in fieri*. Se recoge expresamente en los arts. 15. 2 y 22 CISG. En términos similares, véanse los arts. 2.1.3 (2) (*Retiro de la oferta*) y 2.1.10 (*Retiro de la aceptación*) de los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (versión 2004), y el art. 1:303 (5) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* (a propósito de este último, sin embargo, la voz «*withdrawal*» aparece traducida como «revocación» en la versión del texto publicada en Reiner SCHULZE; Reinhard ZIMMERMANN, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 454).

Curiosamente, es a propósito de la posibilidad de «retirar» la aceptación antes de su llegada a conocimiento del oferente (momento en el que a tenor del art. 1262 CC se perfeccionaría la aceptación y el contrato), que MANRESA Y NAVARRO recurre al término «desistimiento» [«(...) Pero obsérvese, que si bien el proponente no queda obligado hasta entonces – refiriéndose al momento del conocimiento de la aceptación-, no sucede lo mismo con el aceptante, el cual, desde el momento en que se conforma, pierde la facultad de retirar su aceptación, ya que el desistimiento, en el tiempo que media desde aquella hasta su comunicación, es derecho que la ley expresamente limita al autor de la oferta» - véase en *Comentarios al Código civil español*, tomo X, volumen I, Madrid, 1969, p. 517].

<sup>90</sup> Lo propuesto en el texto sugiere dos observaciones: la primera, a propósito de la aceptación de la oferta. Es común aludir a la oferta al tratar de la revocación de la declaración de voluntad perfecta en el marco de un contrato imperfecto. Exponentes de ello son los preceptos que versan acerca de dicha facultad (art. 16 CISG, art. 2.1.4 Principios UNIDROIT) o que, por razones diversas, impiden dicha revocación al configurar la declaración como irrevocable. Todos ellos, unos y otros, versan acerca de la oferta, no de la aceptación. La razón de ello es que obedecen a cuerpos legales en los que, al perfeccionarse el contrato con y por la aceptación [arts. 18.2 y 23 CISG, art. 2.1.1 y 2.1.6 (2) Principios UNIDROIT], desaparece toda posibilidad de concebir un espacio temporal en el que poder revocarla. La técnica propuesta lo permitiría, distanciándose así en el tiempo la perfección de la aceptación y la del contrato, que necesariamente sería posterior. La segunda cuestión se plantea a propósito del *dies ad quem* de la revocabilidad de la oferta y, precisamente, de aquellos supuestos en que no coincide con la perfección del contrato. En los arts. 16 CISG, 2.1.4 Principios UNIDROIT y 2.205 PECL es el de la expedición de la aceptación que, por sí sola, no basta para perfeccionar el contrato (acerca del sentido de la norma, véase, Gyula EÖRSI, «Article 16 CISG», en BIANCA-BONELLI, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 150 a

el primer caso, de la declaración de voluntad y, en el segundo, del contrato, convirtiéndola o destacando su carácter progresivo o sucesivo. El objeto de ambas técnicas, sin embargo, sería siempre la declaración de voluntad: en tanto no expirara el plazo de reflexión o «arrepentimiento» cabría retirarla o revocarla<sup>91</sup>.

La facultad de desistimiento configurada como facultad de revocación de la declaración de voluntad perfecta en el marco de un contrato aún pendiente de perfección tuvo gran predicamento al amparo del art. 5.1 LCFEM, que permitía al consumidor, expresamente, «*revocar su declaración de voluntad*» (que, a su vez, podía identificarse con la aceptación de la oferta realizada por el profesional o, también, como oferta contractual emitida por el propio consumidor (arg. *ex art.* 1.2 LCFEM)<sup>92, 93, 94</sup>.

160; John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 159 a 168). La técnica descrita adquirirá, también en estos casos, un especial significado: implicará poder revocar la declaración tras aquella expedición pero siempre antes de la perfección del contrato.

<sup>91</sup> De una y otra configuración pueden seguirse distintas consecuencias en orden, por ejemplo, a la llamada sustantividad de la declaración de voluntad y, en especial, desde la perspectiva de quienes supeditan su autonomía e independencia (y su transmisibilidad *mortis causa*) a su sola perfección (véase, acerca de la sustantividad de la declaración emitida pero aún no perfecta, Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil I, Introducción y Parte General*, Madrid, Edisofer, 2004, pp. 602 y ss.; Enrique LALAGUNA DOMINGUEZ, «Sobre la perfección de los contratos y el Código civil», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, p. 413; José Ramón FERRÁNDIZ-GABRIEL, «Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia», *RJC*, 1986, p. 111).

<sup>92</sup> Véase art. 1.4 Dir. 577/85.

<sup>93</sup> Los antecedentes remotos de esta configuración se suelen situar en la Francia de los años setenta, especialmente a partir de la Ley 72-1137, de 22 de diciembre de 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, y de su interpretación, en este particular, por Jean CALAIS-AULOY (véase, en «La loi sur le démarchage ...», cit, p. 266; la misma lectura se defiende en *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, Paris, 1980, p. 193 y en «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», *RTDC*, 1994, p. 244. La expresión «*consentement à double détente*» se atribuye, sin embargo, a G.M. CORNU en Jean Pierre PIZZIO, «Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi 22 de décembre de 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile», *RTDC*, 1976, p. 81, nota 59). El art. 3 de la Ley 72-1137 permitía al consumidor «*renoncer*» al compromiso de compra, siendo así que el art. 5 de la Dir. 577/85 acabó también por atribuirle «*el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso*». Con todo, debe señalarse que ni la legislación francesa fue la única considerada por el legislador comunitario ni que, en aquel contexto, su intención fuera la de alterar las normas internas de perfección del contrato (así resulta de comentario de la Comisión al art.6 de la Propuesta de Directiva y del Dictamen del Comité Económico y Social, de 23 de julio de 1977 (*Journal Officiel des Communautés européennes*, C 180/40, de 28 de julio de 1977).

<sup>94</sup> El art. 10.2.f) LCDSF vincula también la facultad de desistimiento a una declaración de voluntad. La fórmula es, ciertamente, confusa. El precepto establece que: «El derecho de desistimiento no se aplicará a los *contratos* relativos a: (...) f) *las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario* (...). Puede consultarse, también, el art. 13 de la Propuesta modificada de Directiva, del Parlamento y del Consejo, *relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de los contratos de crédito al consumo*. La facultad de «retractación» recaía sobre la «aceptación» del consumidor.

En este particular, ocurre que la derogación de la LCFEM no ha supuesto el fin definitivo del argumento. El art. 107.2 RDL 1/2007 declara aplicables las disposiciones del título IV a «*las ofertas de contrato*» emitidas por un consumidor y usuario en cualquiera de las circunstancias previstas en el apartado 1.º de ese mismo artículo. En consonancia con ello, el art. 111.1 RDL 1/2007 obliga al profesional a documentar aquella oferta, acompañándola de un documento de desistimiento. De ahí que, lógicamente, podrá «*desistirse*» de la «*oferta*». ¿En qué plazo? Si el objeto del desistimiento es la oferta emitida resulta entonces de toda lógica admitir que su ejercicio será posible tan pronto se emita aquella declaración y llegue a conocimiento del profesional<sup>95</sup>, esto es, tan pronto se perfeccione. Por lo demás, en sede de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, la vinculación que establece el art. 110 RDL 1/2007 entre el *dies a quo* del cómputo y la recepción del documento de desistimiento (art. 111 RDL 1/2007) determinará, en su caso (así, si el profesional no es puntual en la entrega del formulario, su contenido es incorrecto o insuficiente o, simplemente, no lo facilita al profesional), que el plazo para desistir se prolongue en el tiempo o, en fin, que no llegue a caducar nunca<sup>96</sup>. En caso de hacerlo, la cuestión que se suscita entonces es si el consumidor, que rechazó o no hizo uso de la facultad de dejar sin efecto su oferta llegándose a perfeccionar el contrato, puede desistir después de él (así, a partir de la recepción del bien o de la celebración del contrato de servicios). En fin, se plantea si la facultad de desistir de la oferta se suma a la de desistir el contrato o si la excluye. En este sentido, baste apuntar que si la finalidad del legislador hubiera sido la de otorgar al consumidor-oferente la facultad de desistir del contrato, probablemente hubiera bastado con silenciar toda referencia al autor de la oferta y a la facultad de desistir de ella. Hubiera bastado con permitirle, sin más, desistir del contrato, fuera oferente el profesional, lo fuera él.

Por lo demás, hoy por hoy sigue configurándose la declaración de voluntad como posible objeto de la facultad de desistir

---

<sup>95</sup> Cosa que sucederá sin solución de continuidad (acerca de la presencia simultánea de consumidor y empresario en esta modalidad contractual, véase su definición en el art. 2.8 Propuesta de Directiva *sobre derechos de los consumidores*). El apartado *b*) del precepto constata, por el contrario, que la perfección del contrato puede posponerse: así, cuando las ofertas y contraofertas se han realizado fuera del establecimiento mercantil del profesional, pero el contrato se ha celebrado en él.

<sup>96</sup> La cuestión subsiguiente es la de si, en las circunstancias señaladas en el texto, el contrato no llega a perfeccionarse en tanto no caduque la facultad de desistir de la oferta.

en el art. 13, b) de la Propuesta de Directiva *relativa a los derechos de los consumidores*<sup>97, 98</sup>.

## II. El cómputo del *dies ad quem* para desistir

Son varios los argumentos que permiten sustentar que la facultad de desistimiento se reconoce al consumidor en tanto que contratante, luego con y por la perfección del contrato<sup>99, 100</sup>. Y que es a partir de ese momento que puede ejercerse válidamente (art. 9.1 LVPBM; art. 10.1 LDAT, alusivo a la «*firma del contrato*»; art. 10.1 LCDSF; art. 71.2 RDL 1/2007, a propósito de la contratación de servicios; art. 14.1.a Dir. 2008/48, a propósito del momento de «*suscripción del contrato*»; art. 6.2.a. Dir. 2008/122; art.12.2, párs. 1.º y 3.º Propuesta de Directiva, *sobre derechos de los consumidores*). En primer lugar, esta configuración cohonesta perfecta-

<sup>97</sup> La disposición, sin duda inspirada en el art. 1.4 Dir. 577/85, dispone que: «*El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de: (...) b) celebrar un contrato fuera de establecimiento, cuando el consumidor haya presentado una oferta*» [a propósito de su antecedente, el art. 1.1 de la Propuesta de Directiva (COM (76) 544), la Comisión justificaba la ampliación de la facultad de «*annuler le contrat*» a las ofertas realizadas por el consumidor en los siguientes términos: «*La directive s'applique de même dans les cas où le consommateur s'engage de manière unilatérale sans que le commerçant soit déjà lié (...). Même si un contrat n'est pas encore conclu dans ce cas-ci, une protection du consommateur s'avère nécessaire, étant donné que déjà l'engagement unilatéral est susceptible d'affecter les intérêts du consommateur (...)*». Véase, también, el art. 2.8, a) de la misma Propuesta de Directiva).

<sup>98</sup> Por lo demás, no pueden desconocerse las ventajas de la configuración de la facultad de desistimiento como supuesto de perfección sucesiva del contrato. Al situar el expediente en fase precontractual, resulta sencillo justificar su carácter *ad nutum* y exento de penalización: «*revocar*» la declaración de voluntad en aquel momento no precisa de razón ni, con carácter general, genera derechos económicos en beneficio de la contraparte (a propósito de una cosa y la otra en sede de tratos preliminares, véanse arts. 1:303; 2:301; 2:202 PECL; arts. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.10 y 2.1.15 Principios UNIDROIT; arts. 15, 16 y 22 CISG).

<sup>99</sup> En el art. 6.2 a) Dir. 2008/122 el *dies a quo* se vincula a un «*contrato preliminar vinculante*». Hacia lo mismo el art. 5.1 de la Propuesta de Directiva. A propósito de este texto, el Consejo Económico y Social Europeo sugirió la siguiente modificación (sin reflejo en el texto vigente): «*Como del apartado 1 del artículo 5 se desprende que se prevén dos períodos para el ejercicio del derecho de desistimiento, el CESE insta a la Comisión a que introduzca una disposición que prevea una única posibilidad conferida al consumidor para el derecho de desistimiento, en el plazo de los catorce días siguientes a la firma del contrato definitivo si este último hubiese ido precedido por un contrato previo vinculante siempre que el bien no haya sido utilizado entretanto*» [Dictamen, apart.3.2.6, COM (2007) 303 final].

<sup>100</sup> Obviamente, esta configuración tampoco es la única posible a efectos de proteger al consumidor tras la perfección del contrato. Es más, el propio legislador comunitario intentó idear otro expediente, sin éxito. Así, el derecho de «*retrocompra*» que aparecía en la Propuesta de Directiva, del Consejo, *relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido* (DO C, núm. 222, de 29 de agosto de 1999); en este particular, resulta ilustrativo el Dictamen del Comité Económico y Social, en el que se reprochaba haber optado por un mecanismo que se alejaba del ya previsto en el art. 5 de Dir. 577/85 (DO C, núm. 108, de 19 de abril, de 1999).

mente con un mecanismo de protección del consentimiento contractual<sup>101</sup>. No se trata de una garantía más ante la posible falta de conformidad del producto. Para verificar esto último se requiere, lógicamente, de la entrega del bien; para desistir, no. Por ello, aun cuando el consumidor aún no lo haya recibido, qué duda cabe que, si quiere, ya puede desistir del contrato<sup>102, 103</sup>. En segundo lugar, esta configuración también se corresponde con el carácter instrumental o accesorio, no autónomo, de la obligación de información y documentación relativa al derecho. Es para que el consumidor pueda ejercer su derecho que se impone al profesional el deber de informarle de la posibilidad de desistir, sus condiciones de ejercicio y efectos. Sería totalmente ilógico que, omitida aquella información mas habiendo tenido conocimiento de la facultad legal de desistimiento por otros medios, el consumidor no pudiera desistir válidamente en tanto perdurara el incumplimiento del deber profesional de información. Ello implicaría supeditar el desistimiento

<sup>101</sup> En su génesis, la facultad de desistimiento se configuró como un mecanismo de protección del consumidor (mejor, de su consentimiento) ante el riesgo de captación de su voluntad. Este riesgo aparece, en especial, en determinadas modalidades de contratación o se asocia al empleo de determinadas prácticas comerciales, utilizadas preferentemente en determinados sectores de la contratación (así, por ejemplo, en el ámbito de la contratación domiciliaria, concurre la imprevisión de un consumidor sorprendido por la visita del profesional y la habilidad negociadora de este último –véase, a propósito de ello, 4.º Considerando Dir. 1985/577 y, para el derecho norteamericano, el documento de la Federal Trade Commission, *Cooling-off period for door-to-door sales*, cit, pp. 22937 y 22938–). Este riesgo de captación de la voluntad, sin embargo, no trasciende al régimen jurídico de la facultad de desistir. Dado que se trata de una facultad *ad nutum*, su válido ejercicio no precisa ni probar la captación sufrida, ni siquiera alegar que se ha sufrido una (véase STJ-CEE, de 22 de abril de 1999 (Asunto C-423-97, *Travel Vac, S.L., Manuel José Antelm Sanchis*). Esta circunstancia, por lo demás, más allá de constatar la distancia que media entre la facultad de desistimiento y el sistema legal de vicios del consentimiento, permite relativizar la importancia de su fundamento. Llega a relativizarse hasta el punto que es el propio legislador el que la atribuye en supuestos en los que, *típicamente*, aquel riesgo no existe o en los que no se aprecia *especialmente* (así, por ejemplo, en el ámbito de la contratación de viajes combinados o en el de la contratación a distancia cuando la iniciativa es del propio consumidor).

<sup>102</sup> Con lo que se afirma en el texto no pretende defenderse que vincular el *dies a quo* a la recepción del bien convierte la facultad de desistimiento en un mecanismo más de reacción ante la falta de conformidad del bien. *Prácticamente* puede llegar a desempeñar esta función: si el producto no es conforme y la facultad no ha caducado, el consumidor-comprador podrá desistir o atender al art. 114 RDL 1/2007. Con todo, la principal diferencia entre ambas vías subsiste: el carácter *ad nutum* de la facultad de desistimiento facilita la desvinculación contractual aun cuando el producto fuere conforme con el contrato y aun cuando reúna las calidades esperadas, sea del gusto y responda a las expectativas del comprador. Esto último permite distinguir los contratos con facultad de desistimiento de la compraventa a prueba o *ad gustum* (art. 1453 CC).

<sup>103</sup> En la SAP Huelva, de 1 de abril de 2004 (JUR 2004/200682) fue el propio consumidor el que se negó a recibir el producto. El Tribunal, tras afirmar inicialmente que «(...) las clases no se recibieron y el temario no se entregó, por lo tanto nos encontramos en una fase aún previa a aquella en la que es posible ejercitar el derecho de revocación» [FJ.º 2.º, e), 3.º párr.], acaba concluyendo que: «(...) es posible estimar que la conducta del demandado al no hacerse cargo de la remesa del temario de oposiciones equivale a una revocación en toda regla» (FJ.º 2 in fine).

del consumidor a la voluntad del profesional, que debería limitarse simplemente a no informar para impedir aquel ejercicio (así, impidiendo, de hecho, el inicio del cómputo) o para provocar su caducidad<sup>104</sup>.

La configuración propuesta del *dies a quo* para desistir (a saber: *siempre* a partir de la perfección del contrato) encontraba refrendo legal en el art. 5 LCFEM, a cuyo tenor: «*el consumidor podrá revocar (...) hasta pasados siete días contados desde la recepción*». El precepto no establecía «a partir de cuando» podía desistirse válidamente del contrato sino que se limitaba a señalar el «hasta cuándo» era aquello posible. No se impedía desistir antes de la recepción, pero sí hacerlo transcurridos siete días desde que se hubiere verificado. Era, de hecho, el esquema que también seguía el art. 9.4 LVV y sigue el art. 160 RDL 1/2007: sigue siendo posible dejar sin efecto el contrato «*en cualquier momento*» (se entiende, desde la celebración) pero siempre antes de la salida. A esta lógica obedece también el art. 6.3 Dir. 2008/122. Se trata, en fin, de un esquema generalizable a todo supuesto de reconocimiento legal de la facultad de desistir que, por lo demás, permite una relectura de la función que realmente acomete el *legalmente* presentado como *dies a quo* del plazo para desistir. No implica que no pueda desistirse válidamente antes de ese día y, en consecuencia, no se trata *stricto sensu* del *dies a quo* determinante del momento a partir del que puede ejercerse el derecho<sup>105</sup>. Se trata, por el contrario, de un ele-

<sup>104</sup> Declara que la posibilidad de desistir existe desde que el consumidor tiene conocimiento de su derecho la SAP Cantabria, de 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/52): «...*Si el período de revocación de siete días previsto en el artículo 5 de la ley citada comienza a computarse desde el momento en que el deudor es informado de ese derecho, la exigencia de entrega del documento de revocación y de un ejemplar del contrato cobra sentido por la forma de poner en conocimiento del comprador cómo puede ser dejado sin efecto el contrato. En el presente caso, al no haber sido entregada dicha documentación al demandado, no comenzó el cómputo del plazo para la revocación del contrato sino cuando fue informado de ese derecho, que no consta que fuese con anterioridad al momento en que decidió devolver la obra y demás objetos que había adquirido, realizando actos que demostraban su voluntad de revocación del contrato*».

Contempla un supuesto de ejercicio de la facultad de desistimiento pese al incumplimiento del deber profesional de informar acerca de ella, el art. 11 [apartados 1 y 2 a)] LCDSF.

<sup>105</sup> ¿Puede impugnarse un contrato antes de su consumación (art. 1301, 3.º párr. CC) si antes de ese momento el contratante descubre el error padecido? Entiende DELGADO ECHEVARRÍA que no [véase en Manuel ALBALADEJO (coord.), *Comentarios al Código civil*, cit, tomo XVII, vol.2.º, Madrid, Edersa, 1981, p. 256). Sin embargo, su opinión descansa en la interpretación de la «acción de nulidad» ex art. 1301 CC como una «acción de restitución»; de ahí que el legislador vincule el inicio del plazo para interponerla con el momento de la consumación del contrato «*porque más atrás sería imposible ir, pues antes de consumado el contrato no podrá pedirse restitución, que es lo que el legislador tiene in mente cuando habla de «acción de nulidad» (...) Lo que no impide, naturalmente, que con anterioridad a la ejecución del contrato pueda alegarse la causa de la anulación siempre que ello sea necesario, señaladamente para oponerse al cumplimiento exigido por la otra parte*» o, añadimos, para liberarse de las obligaciones asumidas. Según el autor, esto últi-

mento imprescindible para calcular el *dies ad quem*: el «hasta cuándo» puede desistirse. A efectos de fijarlo, la ley opta por establecer un determinado plazo a contar desde un determinado momento (el hasta ahora identificado como *dies a quo*).

### 3.1.2.2 El plazo para desistir y la ejecución del contrato

El TJCEE, en la Sentencia recaída en el asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG*), determinó que era conforme con el derecho comunitario una disposición nacional que limitaba en el tiempo el ejercicio de la facultad de desistimiento pese a que el consumidor había recibido información errónea o insuficiente acerca de ella. Se trataba de un contrato de crédito de larga duración que se había ejecutado en su integridad<sup>106, 107</sup>. En opinión del Tribunal, la ejecución íntegra del contrato (y, con ella, la extinción de las obligaciones por cumplimiento) casan mal con una medida que tiende, precisamente, a facilitar al consumidor la reconsideración, y su liberación, de las «obligaciones» que resultan del contrato (Considerando 5.º, art.5.2 Dir. 577/85) o, en fin, la desvinculación el «compromiso» asumido (art. 5.1 Dir. 577/85) (apartados 41.º, 42.º y 43.º STJCEE *Hamilton v. Volksbank*). La Sentencia sugiere algunas observaciones, a saber: a propósito del fundamento del fallo, a propósito de la naturaleza del contrato afectado y su estadio ejecutivo (bienes/servicios; cumplimiento total/parcial) y, en fin, en relación a los deberes profesionales de información acerca de la facultad de desistir.

– El argumento esgrimido por el Tribunal es, sin duda, excesivamente literal. Baste para avalarlo un solo contraargumento: los art. 1.4 y 5 Dir. 577/85 permiten también «rescindir» la oferta emitida por el consumidor<sup>108</sup>. La disposición sólo cobra sentido en la

---

mo se alcanzaría con una acción declarativa de nulidad, que es distinta a la prevista en el art. 1301 CC.

<sup>106</sup> En el 45.º Considerando de la Sentencia, sin embargo, el Tribunal llega a afirmar que es conforme con el derecho comunitario «una medida que dispone que la ejecución completa por las partes de las obligaciones que se derivan de un contrato de crédito de larga duración lleva a la extinción del derecho de desistimiento».

<sup>107</sup> Véase un comentario en Martin EBERS, «¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? Anotaciones a la STJCEE (Sala Primera), Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*)», *ADC*, tomo LXII, 2009, pp. 1151 y ss.

<sup>108</sup> Los arts. 1.4 y 5 Dir. 85/577 no permiten rescindir la oferta en cualquier circunstancia sino «cuando el consumidor esté vinculado» por ella (art. 1.4 Dir. 577/85 *in fine*). Esta idea de «vinculación» cabría asociarla a la idea de irrevocabilidad que, por lo común y tratándose de una oferta contractual, vendrá dada por la perfección del contrato (antes de este momento, será posible retirarla o revocarla según se haya perfeccionado o no la propia declaración) (véase dicha asociación en Ricardo GALLART CASES, «El problema de la fuerza vinculante de la oferta», *RJC*, septiembre-octubre, 1959, pp. 657 y 658). Ocurre, sin

medida en que aún no existe contrato; de haberlo, regiría la regla general y la facultad de desistimiento vendría referida a él. Si ello es así, en la hipótesis que se describe tampoco existirían, estrictamente, «obligaciones» a reconsiderar. Aún no habrían nacido<sup>109, 110</sup>.

– La STJCEE anuda la extinción del derecho a desistir a la ejecución total o íntegra del contrato. De ello y del argumento utilizado resultaría: en primer lugar, que la ejecución sólo parcial no afectaría a la subsistencia del derecho (la presupone el art. 7 Dir. 577/85); en segundo lugar, que el argumento de fondo (la extinción de las «obligaciones» por ejecución íntegra del contrato) no distingue según el objeto del contrato sean bienes o servicios<sup>111</sup>. A propósito de éstos, el derecho comunitario proporciona otros incidios acerca de cuál sea el régimen aplicable en caso de ejecución del contrato. Lo hace, especialmente, a propósito de la contratación a distancia y ofreciendo, precisamente, un régimen no

embargo, que si aquella vinculación se hace depender de la perfección del contrato, hubiera bastado con permitir el desistimiento de este último. En este contexto, o bien se reconduce la aplicación del supuesto a las ofertas emitidas y perfeccionadas como «irrevocables» (en cuyo caso el precepto, a pesar de dicha «irrevocabilidad» o «vinculación» permitiría el ejercicio de la facultad de desistimiento), o bien intenta explicarse aquella «vinculación» desde otra óptica: así, desde la de la «exigibilidad» de lo ofertado en caso de perfeccionarse el contrato. Se diría que toda oferta, revocable o no, vincula al oferente en la medida en que, si es aceptada, será exigible (véase, por ejemplo, art. 16 LCC; art. 8.2 LDAT).

<sup>109</sup> Un segundo argumento lo proporcionaría el art. 7 Dir. 577/85. El precepto se remite a la legislación nacional a fin de disciplinar la restitución de los bienes recibidos por el consumidor o el abono de cantidades satisfechas por éste. La disposición, pues, no excluiría que el contrato se hubiere ejecutado con anterioridad al ejercicio de la facultad de desistir; antes bien, presupone dicha ejecución (que, como mínimo, será parcial) (a propósito de ello, véase el comentario de la Comisión al art.8 de la Propuesta [COM (76) 544]). El precepto, en su primer apartado, afirmaba que: «*Si le consommateur exerce son droit de révocation, tous les paiements effectués doivent être remboursés et les marchandises reçues sont restituées au commerçant aux frais et risques de ce dernier*». La Comisión constataba que el precepto partía de la ejecución parcial o total del contrato: «*Cet article concerne la révocation des contrats qui ont déjà été exécutés en tout ou en partie avant le consommateur n'exerce son droit de révocation*»).

<sup>110</sup> A propósito de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, el art. 15 también define la facultad de desistimiento a partir de la existencia de «obligaciones». Sin embargo, el art. 17.2. *in fine* podría confirmar su subsistencia pese a la ejecución íntegra del contrato (véase *infra*, en este mismo apartado).

<sup>111</sup> La Dir 577/85 no proporciona, en este particular, ninguna regla especial para el caso de contratación de servicios que, por el contrario, sí se aluden en su texto (véase, art. 3.2.c). Tampoco el derecho interno pese a incluirse expresamente en su ámbito de aplicación (arg. *ex* art. 110 RDL 1/2007 *in fine*) (véase, en general, acerca de la obligación de informar acerca de las modalidades de restitución del «servicio recibido», el art. 69.1 RDL 1/2007). La jurisprudencia ha admitido expresamente la aplicación de la LCFEM a contratos en los que la prestación de servicios es objeto de una obligación accesoria (véase, la SAP Barcelona, de 18 de noviembre de 1996 (AC 1996/2159), que sujeta a la LCFEM la contratación de un curso de idiomas y configura, como prestación principal, la entrega de los materiales y, como accesoria, los «servicios de corrección y control»). Precisamente, el TJCEE, en su Sentencia de 22 de abril de 1999 (Asunto *Travel Vac*), abogó por la aplicación de la Dir. 577/85 a un contrato de «multipropiedad» basándose en que el valor de los «servicios contratados» excedían del valor del derecho a utilización del bien inmueble).

uniforme. Permiten su estudio los arts. 6.3 Dir. 97/7 (véase, 102 RDL 1/2007 y, con anterioridad, disposición adicional 1.ª LOCM) y 6.2.c y 7.1 Dir. 2002/65 (véase arts. 10.2 c y 11.1 y 2 LCDSF). A tenor del primero, no se reconocerá al consumidor el derecho a desistir del contrato «(...) cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables». La disposición rige «salvo que las partes conviniesen en otra cosa»<sup>112</sup>. El precepto que, por una parte anuda la ejecución iniciada o parcial con la pérdida de la facultad de desistir, avalaría sin embargo la posibilidad de desistir de un contrato parcialmente ejecutado (así, mediante pacto sobre el particular<sup>113</sup>). Y acreditaría, además, un segundo extremo: que, en sede de contratación de servicios a distancia, la obligación del profesional se configura legalmente como una obligación sujeta a término y, en concreto, a un término previsto en beneficio del consumidor<sup>114</sup>. De ahí que, sólo renunciando a él, sea posible dar inicio a la ejecución antes de su vencimiento.

En el contexto de la Dir. 2002/65 y de la LCDSF, el régimen es otro. El simple inicio de ejecución consentida no determina *per se* la pérdida de la facultad de desistir. Este efecto requiere, por el contrario, que dicha ejecución se hubiere llevado a cabo «en su totalidad», «por ambas partes» y «a petición expresa del consumidor»<sup>115</sup> (art. 6.2.c Dir. 2002/65<sup>116</sup>; art. 10.2.c LCDSF). La ejecución parcial o simplemente iniciada del contrato sólo

<sup>112</sup> El texto procede del art. 12 de la Propuesta modificada de Directiva (DO C 308, de 15 de noviembre de 1993, pp. 18 y ss.). El precepto, sin embargo, se limitaba a descartar el derecho de resolución en caso de contratos que hubieran iniciado su ejecución; no exigía que dicho inicio fuera consentido. Tampoco aparecía dicha exigencia en la Propuesta de Directiva (DO C 156, de 23 de junio de 1992, pp. 14 y ss.) que, sin embargo, sólo declaraba inaplicable el art. 11 a «los servicios cuando una *parte esencial* de la prestación de los mismos haya empezado o deba empezar antes de finalizar el plazo de siete días».

<sup>113</sup> Quedaría por ver si tal pacto puede ir más allá de la conservación de la facultad de desistir para el caso de ejecución parcial del contrato y alcanzar, por ejemplo, a su mantenimiento para el caso de ejecución total. Por lo demás, y para el caso de pacto relativo a la ejecución sólo parcial, el precepto nada prevé a propósito de sus efectos (así, por ejemplo, el pago del servicio prestado; en este sentido, véase lo que se indica a continuación en el texto a propósito de los arts. 7 Dir. 2002/65 y 8.2 2008/122).

<sup>114</sup> Literalmente, sin embargo, el precepto alude, no tanto al inicio de ejecución de la obligación asumida por el profesional (o inicio de la ejecución del servicio), sino al comienzo de ejecución «del contrato de prestación de servicios». Una aplicación estricta de la norma excluiría la facultad de desistimiento en aquellos supuestos en que el principio de ejecución se apreciara desde el punto de vista del consumidor: así, por haber «iniciado» el cumplimiento de su obligación de pago. Sin embargo, una interpretación lógica de la norma permite concluir que se refiere a la obligación de hacer asumida por el profesional: en otro caso, carecería de sentido el requisito de la ejecución *consentida*.

<sup>115</sup> En el supuesto de hecho previsto en el art. 6.2.c Dir. 2002/65 (véase, también, art. 7.3 *in fine*), y si se atiende a su estricta literalidad, parece que la intervención del consumidor no debe limitarse simplemente a «consentir» la ejecución (basta con ello, por el contrario, en el art. 7.1), sino a solicitarla. La iniciativa debe ser suya y «expresa».

<sup>116</sup> Véase, también, art. 5:201 (5) *Acquis Principles*.

modaliza los efectos del desistimiento: más allá de la restitución de las cantidades que eventual y recíprocamente se hubieren satisfecho, el proveedor podrá exigir al consumidor el pago del servicio realmente prestado (art 7.1 Dir. 2002/65; art.11.1 y 2 LCDSF) <sup>117</sup>.

Siendo ello así, el régimen que resulta del art. 19.1 (a) y 2 de la Propuesta de Directiva *sobre derechos de los consumidores*, a propósito de las excepciones al derecho a desistir en la contratación a distancia, coincide con el de la Dir. 97/7 sin que, por lo demás, la Propuesta extienda su aplicación a la contratación fuera de establecimiento mercantil. De ello resultaría, *a contrario*, que en este último ámbito el cumplimiento parcial del contrato no extinguirá la facultad de desistir <sup>118</sup>. La cuestión se suscita a tenor del art. 17.2 *in fine* de la Propuesta. El precepto, que exime al consumidor de todo coste por los servicios ejecutados durante el período de desistimiento, avalaría también la posibilidad de desistir del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, incluso, una vez ejecutados los servicios «*de forma total*» <sup>119</sup>. Seguramente, más allá del argumento literal en el que se basa la STJCEE *Hamilton*, la reticencia a admitir la facultad de desistimiento una vez ejecutado íntegramente el contrato debe explicarse por su falta de sentido y utilidad para el consumidor, especialmente si la prestación recibida son servicios y si el ejercicio de la facultad de desistimiento conlleva la obligación de restituir su valor, coste o precio. En la medida en que dicho valor coincida con la cantidad abonada al profesional

<sup>117</sup> Pago que será inexigible en cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 11.2 LCDSF, a saber: «a) *Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el art. 7.1.3, a); b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el período de desistimiento*».

<sup>118</sup> Tampoco en las Dirs. 2008/122 y 2008/48. En la primera, la referencia la proporcióna el art. 8.2, a cuyo tenor: «*En caso de que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, no soportará coste alguno ni estará obligado a pagar ningún precio correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo antes de la fecha del desistimiento*». El espíritu de la norma parece descartar, *en todo caso*, la facultad de exigir al consumidor precio alguno por la ejecución parcial del contrato (compárese la norma, por ejemplo, con el art. 7.3 Dir. 2002/65; véase, también, Considerando 12.º Dir. 2008/122). En la segunda, el régimen pasa por admitir el desistimiento en caso de cumplimiento parcial con asunción de costes para el consumidor [art. 14.3.b)], salvando las disposiciones nacionales que puedan establecer un plazo antes de cuyo vencimiento no pueda darse ejecución al contrato (art. 14.7).

<sup>119</sup> Véase, también, a propósito del cumplimiento íntegro de los servicios como circunstancia no obstativa de la facultad de desistimiento, el Considerando 27 *in fine* y el art. 13 *in fine* de la Propuesta de Directiva. De su lectura conjunta resulta que en caso de incumplimiento de los deberes profesionales de información relativos al derecho de desistir, la prórroga de 3 meses prevista para su ejercicio se computa a partir de la ejecución íntegra de los servicios. A la luz de lo que hoy por hoy sólo es una Propuesta de Directiva, baste señalar que la ejecución de los servicios «*de forma total*» no equivale al cumplimiento íntegro o total del contrato, que depende también del cumplimiento de la obligación de pago de su precio.

y que éste deberá también restituir al consumidor, en esa misma medida carecerá de interés desistir <sup>120</sup>.

– En la STJCEE *Hamilton* la ejecución total del contrato determina la extinción de la facultad de desistir pese a haberse informado erróneamente al consumidor acerca de ella. De este modo, el STJCEE relativiza extraordinariamente la doctrina sentada en la también STJCEE *Heininger*; de su lectura conjunta resulta que en caso de falta del profesional a su deber de información y/o documentación relativa al derecho de desistimiento, el plazo que se concede al consumidor para ejercerlo es ilimitado salvo que el profesional proporcione o subsane aquella información, o salvo que el contrato se ejecute en su totalidad. Esto último se estima injustificado. El argumento de la seguridad jurídica es el que, en su caso, ha traído a colación el legislador comunitario a efectos de limitar en el tiempo el plazo para desistir en supuestos de incumplimiento de los deberes profesionales de información <sup>121</sup>. La ejecución íntegra del contrato como causa extintiva de las obligaciones y, en consecuencia, de la facultad de desistimiento es, por el contrario, un argumento técnico-jurídico que debilita, sin duda, la protección del consumidor y no necesariamente en aras de aquella seguridad <sup>122, 123</sup>.

<sup>120</sup> Es por lo indicado en el texto que se cree que nada obsta –ni siquiera la *inexistencia de obligaciones a reconsiderar*– a admitir la facultad de desistimiento en caso de ejecución total del contrato relativo a la entrega de bienes. Otra cosa es, por ejemplo, que en caso de imposibilidad de restitución por causa imputable al consumidor, deba éste restituir el precio de adquisición (así, si el valor de mercado del bien en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento es superior al de adquisición (art. 75.1, 2.º pár. RDL 1/2007). Dado que las cantidades que consumidor y profesional deberán restituirse recíprocamente coincidirán, probablemente decaerá el interés por desistir.

<sup>121</sup> Así, en Considerando 27 de la Propuesta de Directiva *sobre los derechos de los consumidores*.

<sup>122</sup> Es cierto que el contrato controvertido en la STJCEE *Hamilton* era de larga duración y que, por ello, el pronunciamiento del Tribunal no puede extenderse, sin más, a cualquier otro (así, por ejemplo, a los contratos de ejecución inmediata). Ocurre, sin embargo, que el argumento principal del Tribunal (la extinción de las obligaciones por su cumplimiento) sería defendible también en cualquier otro caso.

<sup>123</sup> En cualquier caso, si la ejecución parcial o total del contrato es causa extintiva de la facultad de desistimiento, el consumidor debe ser informado de tal circunstancia. Se tratará de un dato (y, por cierto, especialmente relevante), cuya omisión debe desencadenar los efectos que se anudan a cualquier otro incumplimiento de los deberes de información relativos al derecho (así, por ejemplo, la prórroga de la facultad). El consumidor que desconoce que el cumplimiento total del contrato determina la pérdida de la facultad no puede verse privado de ella precisamente porque el contrato se ejecuta en su integridad. A mayor abundamiento, una protección efectiva del consumidor pasaría, además, por suspender la eficacia del contrato durante el período de desistimiento. En los supuestos en los que la recepción del bien determine el inicio del cómputo del plazo para desistir (lo que implicará ya de por sí cumplimiento parcial del contrato), la obligación de pago del precio debería configurarse, total o parcial, como inexigible durante aquel período.

### 3.2 Desistir «a tiempo»: la carga de la prueba

Corresponde al consumidor acreditar el ejercicio tempestivo de su facultad de desistimiento (art. 72 RDL 1/2007). Sin embargo, la cuestión no es tan simple si el plazo varía según se hayan cumplido o no los deberes profesionales de información y documentación. En este último caso, el plazo puede prorrogarse o configurarse como indefinido. La prueba del ejercicio tempestivo de la facultad de desistimiento exigiría, en estos casos, acreditar que no se recibió aquella información. Pero ¿cómo probar un hecho negativo? La dificultad probatoria y la voluntad de dispensar una protección efectiva al consumidor justifican, en estos supuestos, una inversión de la carga de la prueba de modo que corresponda al profesional acreditar que cumplió puntualmente con sus obligaciones y, en su caso, la extemporaneidad del desistimiento (arg. *ex* arts. 69.2, 111.1 *in fine* RDL 1/2007)<sup>124</sup>. La cláusula contractual por la que se invierta este régimen será nula por abusiva (art. 88.2 y 3 RDL 1/2007).

---

<sup>124</sup> Véase, también, art. 11.2 *a* LCDSF, a propósito de carga de probar el cumplimiento del deber de información a efectos de poder exigir el pago de los servicios prestados. Con carácter más general, véase art. 17 LCDSF.

# Aspectos registrales del procedimiento arbitral conducente al laudo: la anotación preventiva de demanda como medida cautelar \*

**EUGENIO PIZARRO MORENO**

Doctor en Derecho Civil  
Profesor Universidad Pablo de Olavide

## RESUMEN

*No está creado aún –ni en el ámbito dogmático ni en el legislativo– un auténtico régimen jurídico de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. La constante tensión entre la aplicación judicial y la aplicación arbitral del Derecho (no, como es sabido, en la fase de ejecución, que es coto exclusivo de los jueces y tribunales) encuentra su situación más cruda en la tutela cautelar, y, más concretamente, en la que acaso sea la medida cautelar más significativa: la anotación preventiva de demanda.*

*Este trabajo pretende esclarecer cuáles serían los resortes para la coexistencia de un sistema equilibrado de establecimiento de medidas cautelares en el ámbito de la justicia arbitral, compatibilizando la legitimidad de los jueces y de los árbitros para imponerlas.*

---

\* Declaraciones como ésta deben hacerse de vez en cuando para asustar y disuadir a los conspiradores. La población libre y las cosechas deben ser llevadas a la ciudad, y el que lo desee puede coger y llevarse del campo los bienes de todo el que desobedezca sin por ello recibir castigo alguno... No deben celebrarse reuniones de ningún tipo en ninguna parte, ni de día ni de noche, y las que sean verdaderamente necesarias tendrán lugar en la asamblea o en el consejo o en cualquier otro lugar público. Ningún adivino puede realizar sacrificios en privado sin que haya un magistrado delante. Los varones no deben reunirse a cenar ni celebrar banquetes, sino que cada uno cenará en su casa, excepto en caso de bodas o banquetes fúnebres, e incluso en estos casos el acto debe ser notificado previamente a los magistrados. ENEAS TÁCITO, acerca de las medidas a adoptar durante el ataque de un invasor, 10.3-5. (finales de la década de 350 a.C.) Citado en Robin Lane Fox, p. 231: «La libertad y la justicia». *El Mundo Clásico. La epopeya de Grecia y Roma Barcelona, 2007.*

**PALABRAS CLAVE**

*Arbitraje, tutela cautelar, medida cautelar, anotación demanda.*

**ABSTRACT**

*It is not yet established in the field –not dogmatic or the legislature– a genuine legal regime of interim measures in arbitration enforcement of arbitral law (not, as is known, in the implementation phase, which is the exclusive preserve of judges and courts) is its most raw interim protection, and more specifically, which is perhaps the most significant preventive measure: the notation demand.*

*This paper aims to clarify what would be the springs for the coexistence of a balanced system of establishment of precautionary measures in the field of arbitral justice, combining the legitimacy of judges and referees to enforce them.*

**KEYWORDS**

*Arbitration, interim protection, injunction, demand entry.*

**SUMARIO:** I. *Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral:* I.1 Crónica de la tutela cautelar. Planteamiento. I.2 Estado de la cuestión en la LEC de 1881.–II. *Composición legal:* II.1 Régimen vigente tras la entrada en escena de la LEC 1/2000. II.2 Etiología de la regulación especial.–III. *El tratamiento de las medidas cautelares en la LA de 2003:* III.1 Introducción. Juez y árbitro: la interrupción del *imperium* convergente.III.2 Medidas cautelares de los jueces y medidas cautelares de los árbitros. III.2.1 Taxonomía de las medidas cautelares. III.2.2 Presupuestos comunes de aplicación. III.2.3 El artículo 11 frente al artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 2003. III.3 Tutela cautelar judicial: III.3.1 Tutela cautelar judicial *ante causam*. III.3.2 Tutela cautelar judicial *pendiente la causa* o en proceso arbitral seguido en el extranjero. III.4 Tutela cautelar arbitral.–IV. *Conclusiones parciales.* V. *Apéndice. El efecto sustantivo (de) tras el efecto procesal: la anotación preventiva de demanda en el proceso arbitral:* V.1 Anotación preventiva de demanda y fe pública registral. V.2 Arbitraje y trascendencia jurídico-real: V.2.1 Registro de la Propiedad y procedimiento arbitral. V.2.2 Objetivo de la anotación preventiva de demanda (arbitral): la interrupción de una eventual mutación jurídico-real. V.3 El Registro de la Propiedad y la anotación preventiva de demanda arbitral. Laudo y ejecución del laudo.

## I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA

### I.1 Crónica de la tutela cautelar. Planteamiento

La implantación de un sistema de tutela judicial efectiva consagrado, como en nuestro ordenamiento, por un texto constitucional, había exigido que las partes procesales tuvieran la oportunidad de instar la adopción de medidas que garantizaran la efectividad de la sentencia, o, en los supuestos arbitrales, la efectividad del laudo<sup>1</sup>.

En los foros jurídicos (desde las demandas a las contestaciones o reconvencciones; desde los juzgados y tribunales hasta las instancias de revisión; desde las conclusiones de los congresos jurídicos hasta los ecos de las aulas docentes...) resonaban las invectivas contra la realidad constatada de que la Ley de Arbitraje –LA– de 1988 contenía una frugal regulación de las medidas cautelares en los procesos arbitrales –ya anteriores, ya coetáneas, ya posteriores al laudo arbitral–. Esa abstinerente regulación se condensaba en el artículo 50 de la LA de 1988, que había reflejado que «recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzare firmeza».

Esta afirmación legal produjo una notable reacción de argumentos en contra (que será oportunamente expuesta en el epígrafe II.1. de este trabajo), además de una constante sensación de incertidumbre jurídica (sabido es que esta expresión se muestra como el antígeno del principio de seguridad jurídica). El hecho de percibir dicha sensación se derivaba de una lectura mínimamente atenta y literal del contenido del artículo; si el hecho de poder instar medidas cautelares tenía el incontestable requisito –el precepto utiliza el participio pasado del verbo «recurrir»– de que el laudo hubiera sido *ya* recurrido, entonces la tutela cautelar quedaba expuesta a la

<sup>1</sup> Las orientaciones genéricas para este estudio se han tomado de tres trabajos referentes: DE LA RICA Y ARENAL, R. «Dos conferencias notables. I. La anotación preventiva de demanda. Su valor jurídico (Comentario a la conferencia de D. Ramón Meced Gress, en el Colegio Notarial de Valencia)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, pp. 65-81; PARDO NÚÑEZ, C. R. «La eficacia de la anotación preventiva de demanda, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares. Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 113-172; RAMOS MÉNDEZ, F. *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980. Para cuestiones más específicas se ha acudido también, desde luego, el trabajo de MARTÍN PASTOR, J. *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001. Lo aborda –hace apenas tres o cuatro años desde que vio la luz– desde la perspectiva única del arbitraje la profesora BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*, Navarra, 2006.

segunda instancia (donde ya el proceso caía en manos jurisdiccionales), con lo que sustraía a los árbitros la eventualidad de dictar una medida de índole cautelar.

La primera consecuencia de una regulación parca e insegura es una jurisprudencia vacilante. Y, como se acaba de decir, a poco que se leyera con cierto detenimiento el precepto recién transcrito, se observaba rápidamente una idea que parecía inadecuada al orden procesal: ¿había que esperar a la interposición del recurso contra el laudo para que pudieran instarse las medidas cautelares? Tal cuestión, vgr., podría encaramarse a una larga lista de dudas, imprecisiones y, lo que es peor, perplejidades que paralizaban el pensamiento normal de cualquier jurista medio cuya práctica profesional le obligara a deambular por estos lares. La perplejidad básica se derivaba de que no sólo era confuso el planteamiento normativo (parecía indicar que las medidas cautelares lo eran únicamente para una eventual interposición del recurso de anulación del laudo) sino también la posible solución que se había determinado: medidas cautelares para salvaguardar el laudo, cuya efectividad sólo puede ser puesta en solfa si se ha recurrido.

Ante los problemas que planteaba la regulación cautelar –y, lógicamente, otras cuestiones relacionadas<sup>2</sup>–, la respuesta del legislador consistió en la puesta en circulación de la remozada Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, que, en lo tocante a las medidas cautelares, introducía un párrafo 3.º en el artículo 11 que, literal, reconocía que «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas». He aquí el vuelco regulatorio que permitía colegir, sin ningún margen de duda, que la medida cautelar podía solicitarse y concederse al margen de que el laudo fuese o no recurrido. Lo que se modifica con la nueva LA, para la tutela cautelar, no es un matiz; es, justamente, un cambio radical.

La finalidad preventiva, provisional y protectora de la situación de las partes justifica con creces la imposición de un adecuado mecanismo de tutela o justicia cautelar que articule la necesaria seguridad jurídica que ha de estigmatizar el proceso de ejecución de sentencia. Esa seguridad, y, también, esa certeza suponen la garantía de que la decisión final que se tome, ora dictada por el juez, ora por el árbitro, sea ejecutable. Esto es, ha de evitarse la

<sup>2</sup> So pretexto de realizar algunas consideraciones, no es éste el ámbito para tratar cuestiones relativas a su naturaleza jurídica: ¿se trata de auténticas medidas o se trata de un auténtico proceso cautelar?; ¿son garantías jurídico-privadas de los derechos?, etc. Para resolver estas dudas, ya existe la completa monografía de ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, colección «Ley de Enjuiciamiento Civil 2000», Madrid, 2000.

frustración de la decisión judicial o laudal<sup>3</sup>. Ésa es precisamente la puerta de entrada de un sistema de justicia cautelar; la certeza de una decisión –obviando el momento procesal referido al recurso de anulación del laudo– sobre una medida cautelar que puede solicitarse en cualquier momento y cuya oportunidad y necesidad ha de ser decidida sin atender o esperar avatares procesales en otro sentido.

Como se da por sabido, los jueces, por imperativo constitucional, tienen la obligación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; sin embargo, este segundo deber procesal con origen constitucional está vedado al árbitro. Los árbitros comparten con los jueces la obligación de juzgar, pero su *imperium* acaba ahí. Esta interpretación viene confirmada –vgr.– por una sentencia, reciente, de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, de 3 de noviembre de 2003, asentando la idea de que el poder del juez emana del pueblo, mientras que el arbitraje («compromiso» en la terminología del Código Civil) necesita, para su eficacia y desenvolvimiento, de la existencia de un convenio arbitral<sup>4</sup> donde quede reflejada la voluntad de las partes de someter las cuestiones controvertidas –surgidas o que hayan de surgir– a la decisión de uno o más terceros. Y ello con independencia de que la decisión puede estar fundada en el Derecho o en la equidad.

Esta idea, traducida al trabajo que acometemos, viene a significar una importante merma de la encomienda arbitral, en el bien entendido de que el arbitraje implica una decisión de fondo sobre un asunto potencialmente juzgable, pero, por el contrario, no se admite –ni en la más estricta legalidad ni, como hemos visto, en la interpretación jurisprudencial– una decisión ejecutable del árbitro sobre las medidas cautelares.

Quince años han transcurrido entre la publicación de dos cuerpos de texto legislativo positivo destinados con especialidad al arbitraje –LA de 1988 y LA de 2003–, de cuya regulación en materia de tutela cautelar se dará buen cuenta en este artículo de investigación. No obstante, no podemos pasar por alto que en ese intervalo se había colado la poderosa reforma de la Ley de Enjui-

<sup>3</sup> «Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral»; con tal rotundidad se expresa uno de los mejores trabajos que existen sobre la materia: FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

<sup>4</sup> Los antecedentes históricos, legislativos y jurídicos sugieren que el convenio arbitral tiene naturaleza puramente contractual, sin perjuicio de que impulse un procedimiento jurisdiccional que, en buena lógica, pierde ese carácter. Por ello algún sector doctrinal ha distinguido entre la naturaleza contractual del convenio arbitral y la naturaleza procesal de la institución arbitral; esta distinción, sin embargo, no desdice el carácter contractual del convenio arbitral, sino que toma en consideración dos efectos distintos; el contractual y el jurisdiccional o procesal.

ciamiento Civil (LEC) de 2000, cuyo tratamiento –que veremos más adelante– de la tutela cautelar no es en absoluto ajeno a la cuestión que tratamos.

## I.2 Estado de la cuestión en la LEC de 1881

Una interpretación estricta, muy apegada a la norma (art. 50 de la Ley de Arbitraje de 1988), literal y rígida, entendía sin más pormenores que sólo se podía interesar la adopción de medidas cautelares pendiente la resolución de la impugnación del laudo por parte de la Audiencia Provincial correspondiente.

La doctrina<sup>5</sup>, en general, reaccionaba en el sentido de admitir la posibilidad de instar medidas cautelares con independencia de que se hubiese interpuesto recurso de anulación contra el laudo; carecía de sentido jurídico sujetar la posibilidad de instar medidas cautelares al instante y a la eventualidad de que se hubiese recurrido el laudo, lo cual adolecía de la más mínima justificación; con estas premisas las razones que se aludían para facilitar la adopción de medidas cautelares en cualquier momento procesal eran varias y de muy diversa índole (procesales, sustantivas, legislativas, e, incluso, –valga la exageración– «chovinistas», etc.):

1.º Por la profunda semejanza, llevada a la equiparación, entre el laudo y la sentencia. Laudo y sentencia, tanto monta..., serían aspectos de un mismo fenómeno; son resoluciones provenientes de sujetos con *auctoritas* y que ponen fin –aplicando normas técnicas y jurídicas– a un procedimiento de análisis fáctico sobre una cuestión justiciable. Por tanto, han de rasarse en su tratamiento sustantivo y procesal y, sobre todo, en sus efectos.

2.º Porque, de lo contrario, sí podría plantearse la eventualidad de que el procedimiento arbitral no satisficiera el derecho constitucional de obtención de una tutela o justicia efectiva; son muchas –las más relevantes quedarán reflejadas en este trabajo– las opiniones que dejan traslucir una probable reducción de la protección que dispensa el artículo 24 de la Constitución cuando el foro de dictamen es el arbitral.

3.º Porque se daba el contrasentido de que los procedimientos arbitrales seguidos en el extranjero tendrían entonces mejor trata-

---

<sup>5</sup> ALMAGRO NOSETE, «Jurisdicción y arbitraje», en *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 2, pp. 61 y ss.; MUÑOZ SABATÉ, «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral», en *Revista Jurídica Catalana*, núm. 3, 1991, pp. 117 y ss.

miento y, lo que resulta peor, mejor nivel global de garantías, que los procedimientos arbitrales internos<sup>6</sup>.

4.º En función de argumentos más positivistas, porque diversos Convenios ratificados por España (el más importante acaso, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, Boletín Oficial del Estado –BOE– núm. 238/1975, de 4 de octubre) y que forman parte del ordenamiento interno español por imperativo del artículo 96 de la Constitución española, declaran expresamente (*vid.* nota a pie núm. 7) o dejan traslucir<sup>7</sup> en otro caso la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en el arbitraje (lo cual había podido plantear, incluso, un problema de antinomias, aunque la solución hubiese estado clara: decantarse por la mayor protección del sistema europeo, por pura razón de jerarquía normativa –tema sin duda controvertido– y de razonabilidad jurídica).

La única matización en este sentido es irrelevante, ya que el texto se refiere a «medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad»; es decir, en lugar de denominarlas «medidas cautelares» las nomina como «provisionales o preventivas».

5.º Porque la jurisprudencia europea se había alineado a favor de la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un arbitraje –y ello al margen de que se hubiese recurrido o no el laudo– en sentencia de 17 de noviembre de 1998<sup>8</sup>.

Apoyados en tan poderosos argumentos, tanto la doctrina como cierta jurisprudencia<sup>9</sup> –según constatamos seguidamente– interpretaron positivamente la posibilidad de instar medidas cautelares sin necesidad de que, como dice el artículo 50 de la LA, estuviese recurrido el laudo.

A tal estado de contraste llegó el asunto, que la propia jurisprudencia menor acogió criterios dispares en una dicotomía que parecía no tener fin. Suele ponerse como ejemplo de esta situación dos

<sup>6</sup> El Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional –Ginebra, 21 de abril de 1961– ratificado por España, en su artículo VI, apartado 4, permite expresamente la adopción de medidas cautelares con anterioridad al dictado del laudo.

<sup>7</sup> El art. IV, 1.b) iii., referido a la organización del arbitraje, da libertad a las partes para «fijar las normas de procedimiento que deben seguir los árbitros».

<sup>8</sup> Asunto *van Uden Maritime vs. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*. C-391/95. A pesar de ello, piensa cierta doctrina que no puede pensarse que la posibilidad de instar medidas cautelares, incluso al día de hoy, sea una práctica extendida en los Estados europeos. *Vid.*, VERDERA Y TUELLS, E., «La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación», Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, 2005, pp. 92 y ss.

<sup>9</sup> Véase sobre todo el Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1985, que amparaba la posibilidad de instar las medidas cautelares sin necesidad de que, previamente, se hubiese interpuesto recurso contra el laudo.

Autos dictados por la Audiencia Provincial de Barcelona, ¡ambos! y ¡en el mismo año, con sólo 6 meses de distancia temporal!, en el que se acogen los dos subterfugios como viables (a saber, la posibilidad o no de adoptar medidas cautelares previas al procedimiento arbitral):

El Auto de la AP de Barcelona de 26 de mayo de 1994 dice: «La Ley de Arbitraje no contempla la posibilidad de medidas cautelares previas al inicio del procedimiento arbitral o simultáneas al mismo, sino sólo, en su art. 50, para durante el tiempo que el laudo arbitral esté pendiente del recurso de anulación; de ello extrae la mayor parte de la doctrina procesal la consecuencia de que, aun cuando otra cosa pudiera quizás parecer conveniente, no cabe adoptar medidas cautelares durante el procedimiento arbitral; las partes carecen de cobertura cautelar en la instancia, esto es, en la promoción y desarrollo del procedimiento arbitral, por muy peligroso que se repunte obligarles a confiar en la “bona fides mutua”...».

No confiarían mucho los miembros de la AP de Barcelona en la buena fe de la contraparte cuando en Auto de 25 de noviembre de 1994 dieron un viraje de este orden, tan bien argumentado jurídica y dogmáticamente: «La ley española de Arbitraje de 1988 guarda silencio respecto a la posibilidad de solicitar a los órganos judiciales estatales la adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje y antes de haberse dictado el laudo correspondiente, y este silencio ha dado lugar a que se discuta sobre la admisibilidad de tal posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico. Quienes se inclinan por la inadmisibilidad de esta posibilidad (Ortells Ramos y Valls Gombau), se fundan básicamente en el propio silencio de la Ley, de suerte que identifican silencio con prohibición, si bien reconocen la conveniencia de que ello fuera legalmente regulado; en cambio, quienes defienden la posición contraria (Cremades, Lorca Navarrete y Muñoz Sabaté) se basan en una panoplia de argumentos tales como la existencia de una laguna legal que debe ser suplida, el principio constitucional de igualdad o la admisibilidad de esta posibilidad respecto del arbitraje internacional prevista en los Convenios sucritos por España.

Este Tribunal se inclina... por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988... Puede sostenerse que ese jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal, por cuanto los ciudadanos

pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina este Tribunal, es decir, que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas instrumentales respecto de un procedimiento en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas suponen un constreñimiento de derechos». No parece que haga falta añadir más comentarios.

Ciertamente, todas las diatribas provenientes de la interpretación más austera (aquella que pregonaba medidas cautelares sólo para el momento procesal en que se hubiese recurrido el laudo) han sido vapuleadas por la Exposición de Motivos de la nueva LA de 2003, advirtiendo con profusión que la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje...: ¿qué significado tiene esta declaración —refrendada luego, según veremos, por el articulado de la propia Ley de 2003— para la resolución del debate que planteamos, al que no parece referirse de forma directa? Con ello se despeja cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la LEC, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.

## II. COMPOSICIÓN LEGAL

### II.1 Régimen vigente tras la entrada en escena de la LEC 1/2000

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil contiene dos únicos preceptos que hay que traer a colación para explicar y desarrollar los puntos controvertidos que se venían manifestando en torno a la posibilidad de instar medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Nos referimos al artículo 722 y al párrafo 3.º del artículo 730.

El primero de los preceptos señala: «Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento». El siguiente apartado continúa diciendo: «Con arreglo a

los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los Tribunales españoles».

La principal consecuencia, que ampara el precepto, es la posibilidad de solicitar medidas cautelares en tres supuestos: en primer lugar, cuando se acredite ser parte de un proceso arbitral en España (requisito básico, que parece pensado para foráneos, que únicamente exige constatar la existencia interesada de un proceso arbitral); en segundo lugar, cuando se solicite la formalización judicial del arbitraje de conformidad con el artículo 38 de la LA –remisión que había que entender claramente realizada a la Ley de 1988–; por último, también se recoge el supuesto de que se soliciten las medidas dentro de un arbitraje institucional, en cuyo caso habrá de haberse cumplido lo que se establezca en su Reglamento de la institución.

Relacionando debidamente lo contenido en la LA de 1988 y la nueva regulación de la LEC, era tarea sencilla ejemplificar los supuestos en los que se podían solicitar medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral:

A) Del artículo 21 y siguientes de la LA de 1988 se deducía que el juicio arbitral comenzaba cuando se había notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje. A partir de ese mismo instante, quien acreditaba ser parte en un procedimiento arbitral podía instar la adopción de las medidas cautelares conducentes a asegurar la efectividad de los pronunciamientos arbitrales (al igual que ocurría, por otro lado, con la jurisdicción ordinaria).

B) Si se solicitaba formalización judicial del arbitraje en los casos en que las partes no se pusieron de acuerdo sobre la designación de los árbitros, según el artículo 38 LA de 1988, el Juzgado de Primera Instancia competente debería de proceder a su nombramiento; pues bien, desde que formalmente se designaba árbitro o árbitros por parte del Juez, la parte interesada podía solicitar la adopción de medidas cautelares con objeto de asegurar la integridad de la sentencia.

C) La tercera posibilidad del artículo 722 de la LEC estaba recogida en la LA de 1988, en su artículo 10, que facultaba a las partes para encomendar a las Corporaciones y Asociaciones la designación de los árbitros. Si, una vez designado o designados los árbitros, cualquiera de las partes acompañaba documento de solicitud de medidas cautelares, los árbitros estaban obligados a atender

esa solicitud y resolver en consecuencia. Se manifiesta ahora <sup>10</sup> –estamos hablando de ley procesal vigente– que el artículo 722 permite la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento, pero no antes del procedimiento.

También se ha criticado –cuestión que obviamos en estos momentos para retomar en breve– el hecho de que del tenor del precepto se desprende que no son los árbitros quienes pueden adoptarla, sino los órganos judiciales.

La primera de las críticas (que se permite la adopción de medidas cautelares antes del procedimiento, pero no después) se respondía –sin contar aún con la vigente Ley de Arbitraje de 2003– a través del párrafo 3.º del artículo 730 de la LEC, que abordaremos a continuación; la segunda de las críticas era incontestable, pues no había previsión legal acerca de si los árbitros estaban autorizados para acordar la adopción de medidas cautelares, por lo que, en tal caso, se acudiría a lo dispuesto en el artículo 721 y siguientes de la LEC, de acuerdo con las reglas generales <sup>11</sup>.

El artículo 730.3 de la LEC venía a establecer que «el requisito temporal a que se refiere el apartado anterior (que trata del hecho de que las medidas quedarán sin efecto si la demanda no se presenta en el plazo de veinte días) no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral».

El argumento en favor de la posibilidad de adoptar medidas cautelares antes del procedimiento arbitral era, pues, diáfano: a pesar de que, en los primeros párrafos, el precepto no alberga dudas en el sentido de que se está refiriendo a medidas cautelares en procesos judiciales, no encontramos razón para negar que lo allí dicho pueda trasladarse a los procesos arbitrales. Más aún si el propio artículo alude a ellos en el párrafo que hemos reproducido. La pregunta que está detrás de esta problemática es la siguiente: ¿es jurídicamente viable la adopción de medidas cautelares con anterioridad al procedimiento arbitral al igual que ocurre en los procedimientos judiciales? A pesar de lo dicho ya, una respuesta adecuada exige el análisis exhaustivo de la regulación de la LEC en este

<sup>10</sup> MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

<sup>11</sup> MAGRO SERVET, en un artículo publicado por la revista *La Ley*, n.º 2, 2004, pp. 1850 a 1857, dejaba entrever que, de todas maneras, esta crítica no había tenido razón de ser, por cuanto no tiene sentido la posibilidad de que se permitiera a los árbitros adoptar medidas cautelares cuando no tienen un respaldo coercitivo de medios y campo de actuación para adoptar medidas de aseguramiento respecto a los bienes de una de las partes.

aspecto (este razonamiento es procedente incluso evadiendo la actual LA de 2003).

Para aportar conclusiones idóneas y definitivas a la posibilidad de que sea viable la adopción de medidas cautelares con anterioridad al procedimiento arbitral, establecemos las siguientes consideraciones:

1.º En primer lugar, el apartado segundo del artículo 730 de la LEC, referido a la jurisdicción ordinaria, establece un plazo de veinte días para presentar la demanda cuando se han solicitado medidas cautelares, para que éstas no queden sin efecto. En principio, esta consideración es aséptica; no impele la balanza hacia un juicio de valor tendente a la admisión de la tesis que acogería la posibilidad de instar medidas cautelares previas al procedimiento arbitral, pero tampoco inclina la balanza hacia una consideración contraria.

2.º Respecto del procedimiento arbitral, no se establece plazo, excepto cuando se trate de formalización judicial <sup>12</sup> o de arbitraje institucional, supuesto en que parece acogerse el mismo plazo («El requisito temporal no regirá...»). Idéntico juicio de valor puede predicarse en este caso, aunque se atisba ya la «intuición» que posibilita la solicitud de medidas cautelares previas al procedimiento.

3.º Sin embargo, se manifiesta que en esos dos casos (formalización y arbitraje institucional), «para que la medida cautelar se mantenga», será suficiente que la parte a quien beneficie realice cualquier actividad tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral. Con lo que parece que el plazo de veinte días no es de aplicación a estos casos, ya que basta la realización de cualquier actividad tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral. El entrecasillado no puede pasar desapercibido; era y es, por sí solo, más que un determinante argumento para favorecer la adopción previa de medidas cautelares. La referencia al hecho de que éstas se mantengan –y ha de entenderse que se mantengan una vez iniciado el procedimiento– induce a pensar que se han acogido con anterioridad –al procedimiento mismo–.

4.º Entonces, queda por determinar qué ocurre con la adopción de medidas cautelares cuando nos encontramos en supuestos distintos a los de formalización judicial y arbitraje institucional. En particular, creemos, aplicando una solución global para todas las cuestiones anteriores y teniendo en cuenta la regulación normativa

---

<sup>12</sup> La redacción de la LEC ha de atemperarse a lo específico establecido por la LA vigente de 2003, por lo que la formalización judicial del arbitraje deberá entenderse ajustada a los supuestos de nombramiento de árbitros del art. 15.

así como los parámetros del art. 3 del Código civil (antecedentes históricos y legislativos, realidad social, etc.), que una vez acordada la medida cautelar, basta, para que ésta se mantenga, que la parte beneficiada lleve a cabo cualquier actuación tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral, con lo que abogamos por una interpretación extensiva del precepto. Las consecuencias son claras: en el procedimiento arbitral (incluso en supuestos de formalización judicial o arbitrajes institucionales), se pueden adoptar medidas cautelares antes de su inicio con tal de que la parte beneficiada lleve a cabo las actuaciones encaminadas a comenzar, al igual que ocurre con el procedimiento judicial; por ello, se extiende el plazo de veinte días para llevar a cabo esas actuaciones, a pesar de que este extremo no resulte clarificado.

Veámoslo con un ejemplo: el sujeto A solicitó en su momento la adopción de medidas cautelares, pero no existe acuerdo con el sujeto B en la designación de árbitros. Ambas partes acuden a la formalización judicial del arbitraje; a nuestro entender, las medidas cautelares aprobadas se mantienen porque la parte a quien interesa está llevando a cabo las actuaciones tendentes a comenzar el procedimiento arbitral. Ahora bien, esas actuaciones deben realizarse en el plazo de veinte días desde que se acordaron las medidas, pues, en otro caso, decaerían.

## II.2 Etiología de la regulación especial

A nadie escapa la idea de que el estudio del origen de la regulación legislativa vigente –nos referimos, claro, a la LA de 2003– del arbitraje puede bifurcarse en una etiología propiamente legislativa y una etiología ideológica.

La síntesis de la tramitación parlamentaria de la vigente Ley de Arbitraje está correctamente expuesta por YÁÑEZ VELASCO<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> YÁÑEZ VELASCO, R., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, pp. 45 y ss. Colabora en esta obra la prof.<sup>a</sup> ESCOLÁ BESORA: «A iniciativa parlamentaria del Gobierno de la nación, el día 26 de septiembre de 2003 se presentó un proyecto de ley ordinaria de arbitraje (PLA) en el Congreso de los Diputados, que fue calificado por la Mesa de la Cámara el día 30 de septiembre, comenzando su rápida andadura con el procedimiento de urgencia conforme a los artículos 93.1 y 148 del Reglamento del Congreso, encomendándose a la Comisión de Justicia e Interior y abriendo un plazo de enmiendas que en principio finalizaba el día 13 de octubre. Pero fue sucesivamente ampliado, hasta en cinco ocasiones, la última agotada el día 3 de noviembre de 2003. Y antes de ese momento, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 29 de octubre de 2003, tuvo lugar la avocación del proyecto por el Pleno en función del artículo 149.1 del Reglamento de la Cámara.

En el Congreso de los Diputados se plantearon 116 enmiendas (de las que se acogieron 6)... A continuación se publicó el dictamen de la Comisión y los escritos de mantenimiento de las enmiendas para su defensa ante el Pleno del Congreso... Remitido al

Pocas consecuencias pueden extraerse de este *iter*, como no sea que apenas si se acogieron las numerosas enmiendas presentadas y que, como ley destinada al universo de la *lex mercatoria*<sup>14</sup>, se reformó para cauterizar las notables carencias –por ejemplo en materia de medidas cautelares– que, para el foro de los mercaderes, representaba la anterior Ley de 1988.

Respecto de su etiología ideológica, la LA de 2003 es claramente tributaria de sus predecesoras –amén de que nació desde un inusitado Pacto por la Justicia de los principales partidos políticos españoles– y, sobre todo, de la afamada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (LM)<sup>15</sup>, un texto, como prácticamente todos los de esta índole, de *soft law*, como reconoce la doctrina<sup>16</sup>, fruto de un complejo proceso de elaboración, que ha supuesto un auténtico hito en el régimen jurídico del arbitraje comercial internacional de los últimos años, como lo demuestra el hecho de que haya servido de base para la reforma o aprobación *ex novo* de las legislaciones arbitrales de más de 40 países. Estamos, pues, ante un auténtico «texto de referencia», cuyo estudio –incorporado en diferentes momentos de este trabajo– es imprescindible para entender la realidad del arbitraje comercial internacional de los últimos años<sup>17</sup>.

---

Senado... se presentaron 104 enmiendas (de las que se admitió una)... De nuevo en el Congreso se aprobó la definitiva ley ordinaria en fecha de 10 de diciembre de 2003, sancionada el día 23 de diciembre, con publicación el Boletín Oficial del Estado número 309, de 26 de diciembre de 2003».

<sup>14</sup> Basta una nota para comentar que surgida como contrapartida, en la Edad Media, al derecho de los señores feudales, la *lex mercatoria* pretende regir las relaciones entre comerciantes de modo uniforme, mediante la aplicación obligatoria de las costumbres y usos comerciales; constituía la ley de los contratos entre comerciantes que se aplicaba con independencia del lugar en que se diera y de las personas que participaran (era suficiente con ser mercader o comerciante), quienes, colocadas en igualdad de derechos y condiciones, manifestaban su intención –que era lo principalmente buscado, considerada de superior valor, por encima de los signos que se exteriorizaran– para concertar el negocio o contrato. Lord Chancellor, en Inglaterra, lo había expresado así hacia finales del siglo xv: «Los mercaderes no están obligados por nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo con la ley natural, que algunos llaman Lex Mercatoria, que es universal en el mundo».

<sup>15</sup> La necesidad de que la empresa cuente con un foro jurisdiccional en el que resolver los conflictos con cierta agilidad y especialidad, por encima de otros predicamentos, ha hecho que el arbitraje ocupe un alto baremo en la agenda de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

<sup>16</sup> En particular, BARONA VILAR, S., (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, p. 66.

<sup>17</sup> España se suma ahora –sigue diciendo– a este elenco de países «Ley Modelo», y lo hace con decisión. Hasta el punto de que el legislador español articula el nuevo modelo arbitral sobre la Ley Modelo, y ferviente partidario de la opción monista (que propugna que los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), opta por proyectar el régimen de la CNUDMI tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales. Esta proyección genera determinadas fricciones y problemas que, en modo alguno, pueden ser referidas a la Ley Modelo, debiendo impugnarse íntegramente a un legislador –el español– que, desatendiendo el carácter de «Modelo» que acompaña al texto de la

En definitiva, la Ley de Arbitraje de 2003 ha sido concebida para resolver, principalmente, las tensiones derivadas de la aplicación del derecho a las situaciones mercantiles; en no pocas ocasiones, esa contienda se ha planteado o se plantea en sede de tutela cautelar.

### III. EL TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LA DE 2003

#### III.1 Introducción. Juez y árbitro: la interrupción del *imperium* convergente

La facultad indubitada de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares es una de las grandes novedades de la ley ahora vigente. La propia Exposición de Motivos –con una semántica no siempre adecuada y una recelosa valentía– ahorra tinta arbitrando la justificación de esta proteica medida, aunque, como decíamos al principio, apostillando que el *imperium* del árbitro es más reducido que el del juez en la medida en que éste juzga y hace ejecutar lo juzgado, mientras que aquél sólo juzga, incluso cuando se encuentra ante medidas cautelares. En particular, el texto literal de la propia Exposición de Motivos de la LA de 2003 dice lo siguiente: «El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de este Ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de las

---

CNUDMI, se ha limitado a copiar sin más gran parte de sus soluciones, sin complementarlas, adaptarlas o actualizarlas\*.

\* Sobre la evolución de la potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares, *vid.* REINER, A., «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI», *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904.

medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal».

En cierto modo, la explicación que da la Exposición de Motivos de la LA de 2003 a la articulación de la tutela cautelar pretende transmitir una idea obtusa; los árbitros pueden decretar medidas cautelares, pero necesitan de la connivencia judicial para ejecutarlas. En cierto modo también, ocurre (y ocurrirá) una situación que ya el prof. Jaime GUASP<sup>18</sup>, refiriéndose a la llamada cláusula compromisoria<sup>19</sup>, calificó como «perro del hortelano jurídico»; porque si con el arbitraje se ha pretendido excluir la aplicación jurisdiccional del Derecho para –a través de un acuerdo de voluntad– adjudicar el procedimiento a un órgano ágil y especializado (acorde con las exigencias de la *lex mercatoria*), carece de sentido hacer intervenir a los órganos judiciales para conseguir –en el supuesto de la tutela cautelar– que se ejecute una medida acordada por el órgano arbitral. Lo que ocurría con la primigenia LA de 1953 era que si bien se daba por cierto que con el arbitraje siempre se pretendió eludir la jurisdicción, no lo era menos que para conseguirlo –por imperativo de su propio articulado– había que acudir a su *formalización judicial*. Es decir, el método de la Ley de 1953, ávido de poder, acababa, no ya con las buenas intenciones de los contratantes al acudir al arbitraje, sino con la institución misma. Este contrasentido es lo que llevó a GUASP a calificar la cláusula compromisoria como «perro del hortelano jurídico», pues, a la hora de la verdad, ni dejaba litigar en la jurisdicción ordinaria, ni permitía la justicia arbitral. Y todavía hubo más... Nuestro desprestigiado sistema arbitral dañó frecuentemente las relaciones comerciales inter-

<sup>18</sup> *El arbitraje en el Derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona, 1956.

<sup>19</sup> La cláusula compromisoria, quizá por influencia de las sociedades extranjeras, se conocía y se frecuentaba a lo largo del siglo XIX, antes, de seguro, de la promulgación primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil después. Como puso de relieve DÍEZ PICAZO («El Pacto Compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, 1954, pp. 1155 y ss.) fue la jurisprudencia la que fue creando el envoltorio adecuado para que cupiera después la perniciosa caracterización jurídica del contrato preliminar de arbitraje. Y así, desde las reticencias oficiales que se mostraron en sentencias como la de 20 de marzo de 1889 hasta la bienvenida solapada que le dieron resoluciones como las de 3 de diciembre de 1930 o de 30 de marzo de 1950, la cláusula compromisoria fue haciéndose hueco en el entramado jurídico español, aunque bien es verdad que, como hacer notar CAMPO VILLEGAS («Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral: su inscripción», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1993, p. 74), en la regulación de los efectos de dicho pacto la doctrina jurisprudencial se quedó a medio camino: la cláusula compromisoria sólo producía efectos negativos, en el sentido de que, alegada como excepción en el juicio, el Tribunal se abstenía de entrar en el fondo de la cuestión litigiosa; es decir, que la existencia de la cláusula compromisoria por sí misma eliminaba a la jurisdicción ordinaria a manera de excepción dilatoria, pero tampoco permitía entrar a conocer el asunto a la jurisdicción arbitral.

nacionales: las cláusulas de arbitraje internacional, calificadas desde la perspectiva de la Ley española de 1953, no eran más que meras cláusulas compromisorias o contratos preliminares de arbitraje, que no reunían los requisitos formales del compromiso. Por esta razón la jurisprudencia consideró en ocasiones nula tal convención y denegó la ejecución en España de los laudos extranjeros dictados en base a ella.

Hemos sostenido unas líneas más arriba que podemos traer a colación la analogía comparativa –tomada del prof. GUASP– para declarar que algo similar puede ocurrir con la ejecución de las medidas cautelares: resulta que, con el Derecho positivo actual (arbitral y procesal), mientras que un árbitro –órgano arbitral– puede adoptar la medida cautelar que estime conveniente, necesita sin embargo del auxilio judicial para ejecutarla. Esto es, lo que provechosamente se ha «expulsado» por la puerta (exclusión de la jurisdicción ordinaria en beneficio de la justicia arbitral cuando así convenga y se convenga por las partes), retorna perniciosamente por la ventana (necesidad de decisión judicial que ejecute la adopción de la medida).

Parece claro entonces que la declaración de la Exposición de Motivos de la LA de 2003 es toda una pávida y menguada declaración de principios. No se ha atrevido a rasar el grado de árbitro con el de juez, ni siquiera en las medidas cautelares<sup>20</sup>. A más profundidad de análisis, no debemos –tan aficionados como somos a ello en la doctrina española– convertir en sacrosanta y, por tanto, en estática, la regulación de la LM. Y ello porque nos conduciría al absurdo de declarar impecable e inamovible una regulación que desde la propia CNUDMI se está removiendo para su mejora, particularmente en la delicada cuestión de la tutela cautelar arbitral, provisional y ejecutiva<sup>21</sup>. Se produce así la más denostada, al menos

<sup>20</sup> Es obvio que ambos procedimientos, jurisdiccional y arbitral, deban contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia. El hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela judicial efectiva; en consecuencia, negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implicaría la violación directa de este principio sólidamente establecido en las Constituciones estatales. OTERO LASTRES, J. M. «El derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva», *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52-55.

<sup>21</sup> La nota es extensa, pero merece la pena reproducir su contenido íntegro: «Es evidente que la LMU, a la que acabamos de hacer referencia, supuso un importante avance, en el sentido de que muchos sistemas nacionales comenzaron a incorporar sus previsiones en materia de justicia cautelar. Sin embargo su regulación pronto quedó superada por las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. A este respecto la Uncitral, durante las dos últimas décadas ha venido revisando e insistiendo en la necesidad de ciertas reformas a su articulado y, concretamente, ha reconocido la necesidad de ajustar a las actuales prácticas del comercio internacional, entre otras cuestiones, el régimen de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Precisamente, por lo que atañe a la materia que estamos estudiando, en 2005 el Grupo de Trabajo designado al efecto preparó una «Propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales

desde el punto de vista doctrinal, disintonía entre el *imperium* del juez y el *imperium* del árbitro.

### III.2 Medidas cautelares de los jueces y medidas cautelares de los árbitros

Los dos párrafos terceros de los artículos 8<sup>22</sup> y 11 de la LA de 2003 se dedican a regular la solicitud y adopción judicial de medidas cautelares, mientras que el artículo 23 de la misma se centra en las medidas cautelares que se pretenden ante los propios árbitros.

El párr. 3.º del art. 11 se expresa en los siguientes términos: «El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un Tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

Algo alejado, puesta en solfa su equiparación con la potestad de los jueces en esta materia, se encuentra el art. 23 que contiene la posibilidad de que los árbitros dispongan medidas cautelares:

«1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

---

sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo» (Propuesta Uncitral) donde se convino en la necesidad de insertar un Capítulo IV *bis* («Medidas cautelares y órdenes preliminares») a LMU con una especial atención a las potestades del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, a las condiciones para su otorgamiento, modificación, suspensión y revocación y al reconocimiento y ejecución de las mismas. Esta iniciativa ofrece un especial interés, pues así como existe una tendencia a la unificación en lo que concierne la regulación de las medidas cautelares en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria, su proyección en el procedimiento arbitral sigue registrando un marcado particularismo. La propuesta contiene un extensísimo nuevo art. 17 con 5 secciones y 11 apartados donde se reitera en términos tajantes que «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares» (art. 17.1.º Propuesta Uncitral), pero también se presta atención a las medidas cautelares dictadas por el juez en apoyo al procedimiento arbitral, y aunque la inclusión de esta materia supone una cierta ruptura sistemática del texto del Proyecto ofrece la ventaja de su utilidad, pero cabe considerar que esta cuestión bien pudiera figurar como un nuevo art. 9 *bis*».

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 27.

<sup>22</sup> En cuanto a este precepto («Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»), más procesal que sustantivo, sólo diremos, con YAÑEZ VELASCO, *op. cit.*, p. 291, que el Consejo General del Poder Judicial solicitó que el artículo 8.3 reiterase el contenido del artículo 724 de la LEC, sobre la base de criterios de pura economía legislativa. El criterio utilizado por nuestro legislador es dual, siendo el subsidiario de eficiencia –lugar en que deban producir su eficacia las medidas– el que puede resultar más práctico para constatar, precisamente, su efectivo cumplimiento. Sin embargo, el criterio preferente es el lugar en que el laudo debe ser ejecutado. En ambos supuestos el competente objetivo es el juez de Primera Instancia.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.»

Sin prejuzgar su contenido ni entrar ahora en mayor detalle, es oportuno pensar que la regulación en este punto se caracteriza por dos datos de profundo calado: en primer término, la facultad de los árbitros para determinar el establecimiento de una medida cautelar se deriva salvo acuerdo en contrario de las partes (hay aquí una suerte de remisión absoluta *iuris tantum* al poder de la autonomía de la voluntad, lo que puede parecer oportuno y procedente); en segundo lugar, y no obstante, las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares se fiscalizan a través del tamiz judicial de la anulación y ejecución forzosa de los laudos.

### III.2.1 TAXONOMÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los diferentes sistemas jurídicos<sup>23</sup> han materializado medidas cautelares muy diversas y en su sistematización pueden utilizarse clasificaciones diferentes.

Para FUENTES CAMACHO<sup>24</sup>, a quien seguimos en este punto, y con una finalidad meramente descriptiva, cabe referirse a aquellas medidas dirigidas directamente contra los bienes que están en posesión de una persona para primar o limitar su control sobre los mismos y a las que poseen como función que la otra parte haga o deje de hacer alguna cosa.

Desde otra perspectiva puede hablarse de medidas conservatorias del estado de cosas o lugares apreciables en el momento en que se suscita la controversia, las que tienen como objeto el cumplimiento del laudo arbitral y las de aseguramiento de las pruebas.

Una tercera clasificación válida distinguiría, en primer lugar, las medidas que están dirigidas a la administración y conservación de las pruebas y que corresponde adoptar por entero a los árbitros por moverse en el ámbito de actuación trazado por el convenio arbitral; en segundo lugar, las medidas que pretenden proteger el objeto del litigio, que suelen quedar fuera de la esfera de los árbi-

<sup>23</sup> Indicativo de la dificultad de organizar el muestrario de medidas cautelares que pueden acogerse es este párrafo del prof. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp.

<sup>24</sup> Fuera del ámbito del arbitraje, el TJCE ha dado una definición general de las medidas provisionales o de conservación, interpretando el art. 24 CB; según la Sentencia de 26 de marzo de 1992, *Reichert*, asunto C-261/90, son aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento, por otro lado, se ha pedido al juez encargado de conocer el fondo del asunto. *Vid. V. FUENTES CAMACHO, Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, 1996, pp. 192-195; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 80-82.

tros porque su adopción suele solicitarse antes del inicio del arbitraje, y aconsejan una actuación judicial, aunque no existe inconveniente en que sean dictadas por los árbitros si la solicitud se efectúa con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral; y, por fin, las que intentan garantizar el resultado de la decisión final, también denominadas medidas anticipatorias, que aunque no están excluidas en muchos sistemas de la función arbitral<sup>25</sup> no suelen ser pronunciadas por los árbitros, pues en cierto modo su adopción puede adelantar el resultado del litigio. Entre estas actuaciones cabe referirse a la anotación preventiva de la demanda, la conservación de determinados bienes, la paralización de una obra, el nombramiento de un administrador para la gestión de dichos bienes, el embargo de los bienes objeto del litigio, la prestación de una determinada fianza, el bloqueo de una cuenta corriente, etc.

Por su parte, y también dentro de la doctrina española más autorizada<sup>26</sup>, se pone de manifiesto que el legislador ha asumido la concepción ya dominante en la doctrina procesal de las últimas décadas, que había superado la teoría clásica de las medidas cautelares –defendida por quienes abogaban por la función y efectos estrictamente de aseguramiento<sup>27</sup>–, consolidándose la opinión de que con las medidas cautelares se cumple, en ocasiones, una función anticipatoria de la resolución<sup>28</sup>. Hoy –sigue diciendo Fuentes Camacho– pueden diferenciarse, según la finalidad a la que se dirigen, entre:

A) Medidas que aseguran la ejecución (el ejemplo típico por excelencia de este tipo de medidas es el embargo preventivo).

B) Medidas que conservan la situación de hecho tal cual se encontraba al inicio del proceso principal (prohibición de difusión de una publicidad).

C) Medidas que anticipan el resultado del proceso (la efectividad de la sentencia, como sería por ejemplo la medida de alimentos provisionales).

<sup>25</sup> Para FERNÁNDEZ ROZAS vale como ejemplo el art. 818 del Código Procesal Italiano dispone que los árbitros no autorizar embargos ni otras medidas cautelares. *Vid.* en la misma dirección el art. 753 CPCCN argentino respecto de medidas compulsorias o de ejecución.

<sup>26</sup> BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pp. 856 y ss. Escritas, según indicación del sumario, por la propia prof.<sup>a</sup> BARONA y los profesores VERDERA SERVER y GUZMÁN FLUJA.

<sup>27</sup> CARRERAS LLANSANA, J. «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, pp. 17 a 21.

<sup>28</sup> Delicada cuestión ésta en la que la medida cautelar anuncia de alguna manera las resultas del juicio. Por todos, puede verse, CALDERÓN CUADRADO, M. P. *Las medidas cautelares indeterminadas*, Madrid, 1992.

No resulta fácil –y excede, con mucho, de los objetivos dogmáticos y metodológicos de este trabajo– establecer un listado a modo de *numerus clausus* capaz de aglutinar el elenco de medidas cautelares que pueden adoptarse tanto arbitral como judicialmente –por más que la LEC vigente pretenda una clasificación no cerrada en su artículo 727–. Además, dada la casuística que existe en esta materia, esa pretensión sería superada por nuevas formas de aseguramiento del objeto del proceso y de su resultado; las medidas no están catalogadas y, aunque lo estuvieran, sería un catálogo abierto a la inclusión de *neo-cautelae* siempre y cuando cumplieran con los requisitos y presupuestos de legalidad que exige el ordenamiento jurídico.

Lo que sí existen son una serie de *recta principia* que funcionan como estándares capaces de detectar ese ajuste o juicio de legalidad que requiere la imposición o establecimiento de una medida cautelar. Como reconoce la práctica totalidad de autores que con mayor profusión se han dedicado a este tema, las características de las medidas cautelares –que en no pocas ocasiones se confunden con rasgos de su naturaleza jurídica– son:

#### I. Instrumentalidad.

Se trata de medidas instrumentales del proceso declarativo y de su fase ejecutiva y conducen necesariamente a hacer posible «la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 726.1.1.<sup>a</sup> de la LEC)<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Esta tesis se apoya jurisprudencialmente en declaraciones como las de la Sentencia 189/1998, de 14 de abril de 1998, de la AP de Castellón, que dice: «La razón de existir de estas medidas es la de que la resolución con eficacia para incidir sobre la esfera jurídica de las partes, no puede obtenerse, por regla general, sin más e inmediatamente después de que sea pedida. El ordenamiento impone que procedan una serie de actos, a través de los cuales y en contradicción entre las partes, son aportados los hechos, se practica la prueba, se exponen las argumentaciones jurídicas, etc., proporcionándose al órgano jurisdiccional el material necesario para que se dicte una resolución justa. Naturalmente, la realización de esta actividad, la realización del proceso, exige tiempo y no debe olvidarse que el proceso es una actividad de resultados inciertos que debe valorarse desde la previsión de un resultado favorable al actor. La indeterminación del proceso entre el momento en que, según el Derecho material, debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica ya de por sí que el proceso no puede cumplir, con perfección ideal, su función de realización del Derecho y ante ese retraso resulta obvio que el ordenamiento impone, por un lado que se repare genéricamente el interés lesionado del acreedor, mediante la condena a indemnizar daños y perjuicios originados por la demora. En segundo lugar, la razón de ser de estas medidas cautelares radica en que aquella demora supone la posibilidad, la ocasión o facilidad para que el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la resolución que, en su momento se dicte, venga a conceder al actor, con la que el actor no obtendría siquiera una satisfacción tardía. Por ello, las medidas cautelares son los medios jurídicos-procesales que tienen por función evitar que se frustre la satisfacción de los derechos del actor». Aún sin expresar el término «instrumentalidad», la declaración es contundente sobre el alcance de las medidas y sobre este especial rasgo de su naturaleza jurídica.

Aunque es un problema resuelto, no está de más recordar –como hace la doctrina<sup>30</sup>– que «precisamente, la regulación que ofrecía el legislador de arbitraje de 1988 era incoherente con esta característica, dado que si son instrumentales del proceso principal, lógico es pensar que lo deben poder ser desde que comienza el proceso arbitral y no tan sólo para garantizar la fase de anulación. El modelo que ideaba la Ley de arbitraje impedía el cumplimiento efectivo de la función y naturaleza cautelar, dado que la instrumentalidad quedaba relegada a una hipotética fase, posible pero no necesaria, del proceso arbitral. Es más. Resultaba realmente sorprendente que en el Anteproyecto de la Ley de Arbitraje (LA / 1988) se permitiera la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral, incluso adoptarlas los propios árbitros. Era el artículo 30 del Anteproyecto el que desarropa estas dos posibilidades, empero fueron abandonadas en el texto definitivo de 1988».

El abandono de tal posibilidad hay que imputárselo sin duda al fortalecimiento de la concepción judicial o judicialista del ordenamiento jurídico, concepción que traía causa de la configuración del poder judicial en la Constitución española de 1978.

## II. Provisionalidad.

Es un tópico –que expresa bien esta particular característica de las medidas cautelares– decir que nacen con fecha de caducidad, porque tan pronto como se cumpla la sentencia o el proceso se sitúe en un estadio o fase que desmotive el mantenimiento de las medidas cautelares que se hubiesen impuesto, éstas han de decaer.

Si no fuera provisional, la medida cautelar, en la mayoría de los casos, se identificaría con la resolución del fondo del asunto; es provisional porque está destinada a satisfacer un problema sustantivo o procesal, o ambos, temporal, lo que nos conduce a la característica que enunciamos a continuación.

## III. Temporalidad.

Aunque se desconoce en principio su tiempo de vigencia, es obvio que, como consecuencia de la nota característica anterior y aplicando básicamente idéntica argumentación, las medidas care-

---

En todo caso, y como reconoce el manual de la prof.<sup>a</sup> BARONA VILAR, *op. cit.*, p. 854, que venimos manejando: «La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en torno a esta nota de instrumentalidad de las medidas cautelares como componente esencial de las mismas. Significativas fueron las palabras del TS, Auto de 3 de septiembre de 1992: «...una de las características generales de las medidas cautelares... es la instrumentalidad...», de suerte que aparecen configuradas en función de un proceso pendiente al que se subordinan, encontrando su razón de ser en su dependencia respecto del objeto litigioso que en él se ventila y de la pretensión ejercitada, asegurando su ejecución en el caso de que la demanda tenga éxito».

<sup>30</sup> BARONA VILAR, *op. cit.*, pp. 854 y 855.

cen de vocación de perpetuidad y, por ende, nacen para extinguirse, sin que para ello suponga una rémora la indeterminación temporal que le es propia.

#### IV. Variabilidad.

Lo expone el párr. 2.º del art. 726 de la LEC: «Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte».

La posibilidad de modificar o, en última instancia, alzar la medida provisional acordada es, incluso, un presupuesto necesario de la proporcionalidad. Esta característica ajusta la nota de la proporcionalidad. Esa variabilidad se enfrenta a una indeseable rigidez que pondría en tela de juicio el sistema mismo de medidas cautelares.

#### V. Proporcionalidad.

Está perfectamente explicado –intuida la idea de que se trata quizá de la nota característica más importante, en la medida en que embebe a todas las demás como *primus inter pares* en la materia–, y por ello recurrimos una vez más a él, en el estudio que coordina la prof.<sup>a</sup> Barona Vilar<sup>31</sup>: «En la regulación de las medidas cautelares hay un centro de tensión ineludible: por un lado, el beneficio que le reporta, sin título ejecutivo, la adopción de las mismas al sujeto solicitante de la medida, y, por otro, los posibles daños y perjuicios que pueden producirse en la persona del sujeto pasivo si se demuestra posteriormente que la medida carecía de fundamento.

Esa tensión es la que conduce a la asunción de la proporcionalidad, en cuanto mecanismo-balanza que sirve para ponderar ambos intereses contrapuestos. Así lo ha visto la jurisprudencia; a título de ejemplo, la SAP de Málaga de 23 de diciembre de 1994 expone: «Dos van a ser los criterios o ángulos que esta Sala entiende deben dilucidarse para discernir sobre la oportunidad de adopción de la medida cautelar, a saber: 1.º) Si concurren indicios suficientes de la realización de un acto..., y 2.º) Si dicha medida guarda la debida proporción con el fin que pretende obtener, cual es el de garantizar la efectividad de la sentencia».

En consecuencia, la medida debe ser proporcionalmente adecuada a los fines pretendidos, de modo que se adoptará cuando no sea susceptible de «sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado» (art. 726.1, 2.º, LEC).

<sup>31</sup> BARONA VILAR, *op. cit.*, pp. 855 y 856.

La proporcionalidad –termina diciendo– se delimitará mediante un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, potenciándose con ello una menor onerosidad para el demandado. No existe, a este respecto, sin embargo, una posible catalogación acerca de qué debe entenderse como más o menos oneroso para el demandado que soporta la medida, de manera que la determinación de esa gradación no siempre puede responder a parámetros realistas<sup>32</sup>. Esta idea de la proporcionalidad es perfectamente aplicable tanto cuando se trate de proceso cautelar instrumental de un proceso declarativo judicial, como cuando se refiere a un proceso cautelar instrumental de un proceso declarativo arbitral».

### III.2.2 PRESUPUESTOS COMUNES DE APLICACIÓN

Un tema mascado, pero de tratamiento necesario –aunque se trate de una disciplina de índole exclusivamente procesal– si se quiere llegar a entender el mecanismo de accionamiento y desenvolvimiento de las medidas cautelares, es el referido a los presupuestos o elementos fundamentales que dotan de fundamento procesal y sustantivo a la tutela cautelar. En la configuración de estos presupuestos, viene en ayuda el artículo 728 de la LEC, que, a lo que este trabajo interesa, establece:

«1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al funda-

<sup>32</sup> Esto introduce un debate que puede llevar a otra línea de investigación en torno a la creación jurisdiccional del derecho a través de las medidas cautelares o, si se quiere, a la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho, algo que, en sede de tutela cautelar, parece del todo punto indiscutible. ¿Habría que comenzar a hablar también de la «creación arbitral del derecho»?

mento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.»

Es decir, de la lectura esmerada de esta norma es dable colegir los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares, que funcionan como tensores del imbricado de solicitud, acogimiento y ejecución de la tutela cautelar, teniendo en cuenta dos matices:

a) En primer lugar, que como presupuestos comunes de aplicación propiamente dichos, sólo funcionan el denominado «*fumus boni iuris*» o apariencia de un buen derecho, y el denominado «*periculum in mora*» o peligro de mora procesal. Acaso haya que reflejar un tercer requisito que podríamos denominar la «oportunidad de la medida», pues, como dice el artículo, ha de estar ésta justificada –momento oportuno de pedirla, proporcional, etc.– y fundamentada –en datos, argumentos y justificaciones documentales que lleven al juicio indiciario sobre la necesidad de adoptarla–.

b) En segundo término, provocado por la reforma que sufrió la LEC a instancias de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, se prevé la obligatoriedad, como regla general<sup>33</sup>, de prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Más que un presupuesto de adopción de la medida cautelar, estaríamos ante un presupuesto de ejecución de la misma.

Analizamos brevemente los presupuestos enunciados.

A) El humo de buen derecho.

La jurisprudencia, a fuerza de incidir sobre el concepto, ha terminado de perfilar que se trata de un requisito básico para poder ejercer la tutela cautelar. Ha de existir<sup>34</sup> un cierto juicio positivo

<sup>33</sup> Precisamente, la nueva redacción que se dio al art. 728 de la LEC lo fue para asentar que «en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados».

<sup>34</sup> Dice, por todas, la sentencia de la AP de Navarra, de 15 de mayo de 1998.

por parte del juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor; es lo que se denomina apariencia de buen derecho. No obstante, ésta no supone un convencimiento absoluto de que esa pretensión será estimada en todo caso, sino que es suficiente con la mera posibilidad de que tal resultado se pueda producir efectivamente.

«¿En qué consiste, pues, esa necesaria diferencia? –Posibilidad, diríamos nosotros–. Para Calamandrei en que por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o verosimilitud. Declarar la existencia del derecho es función de la resolución principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil»<sup>35</sup>.

#### B) Peligro de mora procesal.

El peligro de mora procesal, como presupuesto de las medidas cautelares, se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que concede aquélla tutela<sup>36</sup>. El denominado *periculum in mora, lato sensu*, constituye una nota esencial que caracteriza a las medidas cautelares; advierten del auténtico interés jurídico del peticionario. Por eso se ha dicho que pese a la transformación que se viene operando en los ordenamientos procesales comparados sobre tales medidas, la urgencia con que deben dictarse para evitar un daño grave o irreparable continúa siendo un presupuesto común a la tutela cautelar<sup>37</sup>.

Aunque no siempre se diga, es conveniente puntualizar que el retraso o mora procesal a que se refiere este presupuesto básico de la tutela cautelar no debe confundirse con la durabilidad de un proceso judicial o arbitral; en ocasiones, la justicia o es lenta o no es absolutamente nada. Por ello, hay que centrar el verdadero peligro: la idea de dilación o tardanza encierra un matiz peyorativo que es el que hay que reconocer como auténtico *periculum* de que el retraso ocasione la inviabilidad del propio proceso o de su resultado.

#### C) Caución.

En línea con lo expuesto anteriormente, es conveniente hacer constar que esta caución supone una prevención o cautela, a modo de garantía, que permitirá un eventual resarcimiento de daños y

<sup>35</sup> ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 167. La aclaración entre guiones es nuestra.

<sup>36</sup> Según puntualiza ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 150, *in fine*.

<sup>37</sup> Párrafo extraído de una ponencia de SARTORI, J. A., *El debido concepto de lo cautelar*, ponencia del X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Argentina, 2008.

perjuicios si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y procede su revocación. En todo caso, debe ser previa al cumplimiento o ejecución de la medida y suficiente cualitativa y cuantitativamente.

La LEC concede al sujeto sobre el que recae la medida cautelar la posibilidad de sustituirla por caución suficiente, a juicio del Tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare. Ha manifestado ORTELLS RAMOS<sup>38</sup> «una cierta ambigüedad del régimen de la caución sustitutoria, que puede repercutir en los criterios de fijación de la cuantía de la misma. Por una parte, ese régimen posibilita una fijación de la caución adecuada para reforzar el compromiso del demandado con el cumplimiento en forma específica de la sentencia. Pero, en todo caso, asegura que el juez no está vinculado por el ofrecimiento de caución, sino que debe decidir sobre su admisión considerando lo que exige la efectividad de la tutela instada en el proceso principal; así como también garantiza que el importe de la caución debe cubrir, como mínimo, la indemnización previsible en caso de imposibilidad de ejecución específica plena».

Estos presupuestos comunes de aplicación de las medidas cautelares (de cuya formulación, contenido y alcance hemos hecho aquí sólo un breve apunte, entre otras razones, por tratarse de cuestiones específicamente procesales que han sido estudiadas en innumerables ocasiones) han de ser tenidos en cuenta en la adopción y ejecución de medidas cautelares judiciales, y en nada interferirían la eventual posibilidad de que sean los árbitros quienes decidan establecer una medida cautelar y ejecutarla *in natura* o en forma específica.

### III.2.3 EL ARTÍCULO 11 FRENTE AL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE ARBITRAJE DE 2003

De entrada, no parece complicado adelantar que el artículo 11 –y seguimos ahora en la vigente LA de 2003– no existiría si la equiparación entre las potestades judiciales y las arbitrales en sede de justicia cautelar fuera total. Básicamente, esta confluencia de preceptos pretende salvaguardar situaciones en las que las medidas cautelares –según veremos a continuación, nos referimos a reclamar una medida cautelar concreta ante el juez–, se solicitan con carácter previo a la interposición de la demanda y existe una cláusula contractual de sometimiento de la cuestión a arbitraje: el debate entonces se centraría en la posibilidad de que, ante un medida

<sup>38</sup> ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 200.

cautelar solicitada *ex ante* demanda, cupiera el acogimiento de la declinatoria de sumisión al arbitraje (como decíamos inmediatamente antes, no daría lugar a este debate el hecho de que la medida cautelar se solicitara ante el árbitro, pues entonces la declinatoria de sometimiento a arbitraje sería espuria). Yáñez Velasco<sup>39</sup>, por ejemplo, dice que no cabe la declinatoria de sumisión a arbitraje en tal caso, prevista para el demandado como regla general, quedando su viabilidad postergada hasta que formalmente se interponga la demanda. Y, en efecto, así ha de ser: una medida cautelar solicitada con anterioridad a la interposición de la demanda, con los efectos de una cláusula de sometimiento a arbitraje en situación de pendencia, no activaría lo que se denomina el efecto negativo del convenio arbitral (no impide a los jueces y tribunales entrar a debatir y decidir sobre lo solicitado), con lo que, como ha quedado dicho, la exclusión de la actividad jurisdiccional quedaría a expensas de que se interpusiera la demanda.

Previsor como pocos, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (artículo VI.4), bajo el epígrafe de «competencia de los tribunales judiciales estatales», contenía la conjetura de que «si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral ni como un sometimiento del asunto al Tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo». Lo que significa un auténtico espaldarazo a la idea antes apuntada; solicitar una medida cautelar ante la autoridad judicial estando pendiente una cláusula de sometimiento a arbitraje no significa derivación del asunto al orden jurisdiccional. Ello, no obstante, deja una duda aún por resolver: si, como hemos visto, la medida cautelar —caso de ser acogida— es en cierto modo anticipatoria de la decisión, ¿puede considerarse que el árbitro estará condicionado por la determinación que el órgano judicial entienda procedente? Sin duda, desde un punto de vista estrictamente sustantivo, no lo estará. Desde un punto de vista psicológico...

En tal caso, y obviando cualquier sospecha sobre la ascendencia sustantiva y procesal del artículo 11.3 de la Ley 2003 en la llamada Ley Modelo, podemos extraer ciertas consecuencias de esta equiparación de preceptos que se pone en liza:

En primer término, podemos colegir que el denominado efecto negativo del convenio arbitral (que designa el impedimento de los

---

<sup>39</sup> YÁÑEZ VELASCO, *op. cit.*, p. 447. En fin, dice este autor, el artículo 11.3 de la LA se dirige a evitar que, por el mero hecho de existir un convenio arbitral, se impida la actividad jurisdiccional cautelar, tanto antes como después de iniciado el arbitraje mismo.

Jueces y Tribunales para entrar a conocer de la controversia que se somete al procedimiento arbitral con independencia de la fase en que se encontrare)<sup>40</sup>, no alcanza a la tutela judicial cautelar, que puede convivir perfectamente con los efectos del convenio arbitral. De igual modo, derivado de una interpretación puramente literal, el artículo 23 conlleva la compatibilidad de esa misma tutela cautelar judicial con el reconocimiento de la potestad arbitral para dictar medidas cautelares.

En segundo lugar, es reconocible en el texto de la norma la idea de que las medidas cautelares judiciales puedan solicitarse con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante la tramitación del procedimiento arbitral.

### III.3 Tutela cautelar judicial

No supone ninguna primicia legislativa la inclusión en el texto articulado de la LA de 2003 de la posibilidad de instar medidas cautelares típicamente judiciales; de hecho, y como ha quedado apuntado, ya la LA de 1988 amparaba esa opción. Lo que sí supone, *one step up*, un progreso cierto es que en la ordenación anterior la adopción de la medida cautelar se ceñía al momento de finalización de la instancia arbitral –ya hemos visto que había que escudriñar la regulación completa para arbitrar una interpretación en otro sentido–, estando, en su caso, pendiente la tramitación de una anulación del laudo. En definitiva, dice Martínez García<sup>41</sup>, lo que la LA de 1988 había configurado no era propiamente una tutela cautelar instrumental, sino más bien una tutela de carácter preventivo,

---

<sup>40</sup> El contenido de este efecto está en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama nuestro texto constitucional en su artículo 24. Y ello porque pueden levantarse suspicacias en el sentido de que la protección que opera este artículo se vea menguada por la irrupción del arbitraje en detrimento de la jurisdicción ordinaria. El arbitraje, en este ámbito, es un acuerdo común de renuncia a la jurisdicción, pero de ningún modo un acuerdo común de renuncia a la tutela judicial. Por ello, no se debe de perder el rumbo de la institución arbitral: sustraer un asunto potencialmente judicial a la autoridad del aparato estatal no significa aminorar las garantías de seguridad y amparo, sino buscar alternativas al modelo oficial.

Desde esta óptica el arbitraje se asemeja al contrato de transacción –*vid.*, por todos, LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Madrid, Laborum, 2001–, pues la razón de base de ambas instituciones tiene una etiología semejante: resolver la controversia al margen de la jurisdicción ordinaria. Y ello con una medida que, en principio, parece alejarse de la vía tradicional de resolución de los conflictos, pues aunque aparta al Juez competente, coloca en su lugar a un tercero que terminará investido igualmente de facultad decisoria.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 198.

porque se convertía justamente en una garantía precautoria ante el recurso contra el laudo.

En cualquier caso, podemos hacer una subdivisión para analizar, desde un punto de vista temporal, los supuestos dobles de medidas cautelares judiciales.

### III.3.1 TUTELA CAUTELAR JUDICIAL ANTE CAUSAM

El reconocimiento de esta premisa<sup>42</sup>, –nos referimos, parece claro, a la tutela cautelar ante *causam* impuesta judicialmente– supone:

a) La afirmación expresa de que es posible solicitar y obtener una tutela cautelar *ante causam*, en coherencia con el sistema procesal en su conjunto, amén de con una exigencia de configurar la efectividad que ofrece la tutela cautelar.

b) La atribución expresa de esta facultad a los órganos jurisdiccionales.

Junto a ello, siguen siendo de necesario rigor para la adopción de las medidas cautelares *ante causam* tanto su alegación como su justificación en términos razonables de urgencia y necesidad, por mandato normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, así como que se interponga en plazo, a sabiendas de que decaerán si, como hemos visto con profusión, no se presentare la demanda ante el mismo tribunal que conoció su solicitud en los veinte días siguientes a su adopción.

### III.3.2 TUTELA CAUTELAR JUDICIAL PENDIENTE LA CAUSA O EN PROCESO ARBITRAL SEGUIDO EN EL EXTRANJERO

Cualquier duda que pueda generar este apartado está ya convenientemente tratada en la LEC, art. 722, visto antes, y en el que reincidimos: «Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento».

El artículo 722.II de la LEC responde entonces a la premisa de la tutela cautelar judicial cuando se trate de un proceso arbitral seguido en el extranjero.

<sup>42</sup> Véase, en tal sentido, BARONA VILAR, S., (coord.). *Comentarios...*, pp. 508 y ss.

### III.4 Tutela cautelar arbitral

La decidida previsión legal de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares ha cerrado este recurrente debate y lo ha hecho pivotar hacia qué tipo de medidas son las que pueda acoger de forma autónoma el árbitro<sup>43</sup>. Decimos esto porque no se albergan dudas de que la nueva LA de 2003 ha configurado una especie de sistema alternativo (tutela cautelar judicial o arbitral) y concurrente (tutelar cautelar judicial y arbitral), que ha de estar presidido, también sin contemplaciones, por el principio de fe pública procesal<sup>44</sup>. Y, en todo caso, este doble sistema de establecimiento de medidas cautelares debe presidirse por la idea rectora de colaboración entre la administración judicial y la arbitral.

En todo caso, dados los parámetros de la institución arbitral, se trata de medidas que sólo pueden adoptarse a instancias de la parte interesada; aunque no hay referencia expresa en la ley a la forma de resolver por parte de los árbitros, la Exposición de Motivos de la LA de 2003 alude a que las medidas cautelares establecidas por los árbitros se resolverán en lo que denomina «laudo parcial», como aquél que puede versar sobre algún aspecto del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones diversas –entendemos, vgr., que ha de resolverse mediante laudo parcial la decisión del árbitro sobre su competencia (abstención y recusación)–, destacando, entre ellas, las medidas cautelares.

Menos vacilaciones ofrecen los trabajos de la UNCITRAL<sup>45</sup>, cuyas propuestas en cuanto a medidas cautelares, se recogen con decisión y buen criterio en el artículo 17 del documento referencia-

<sup>43</sup> Estamos pretendiendo, a lo largo del trabajo, transmitir la idea de que la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares no es ni una solución pacífica o fácilmente defendible ni una tendencia legislativa contundente. Las reticencias existen, y las legislaciones nacionales e internacionales las reflejan: desde el derecho austríaco hasta el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (artículo 367.2) recogen la posibilidad de que los árbitros –o las partes– insten las medidas cautelares, pero judicialmente.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 58. Acude este autor a una clarificadora cita del manual coordinado por la prof.<sup>a</sup> BARONA VILAR (p. 847), donde se pone de manifiesto lo siguiente: «Ciertamente, esta doble potestad que el legislador arbitral ha querido consagrar –judicial y arbitral– debe entenderse siempre desde un comportamiento de buena fe procesal, de manera que no parece razonable aprovechar ambas potestades para ejercerlas en perjuicio de una de las partes del proceso, aprovechando su estado de debilidad en la contienda, o incluso como medio para obtener, sea cual sea la vía, la petición cautelar que interesa a una de las partes. No puede defenderse, por tanto, el doble juego como mecanismo fraudulento...».

<sup>45</sup> A/CN.9/WG.II/WP.141. Grupo de Trabajo II.

do, que, bajo la rúbrica «Potestad del tribunal de otorgar medidas cautelares», establece:

«1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia»<sup>46</sup>.

La propuesta contiene una generosa definición de medida cautelar; ajustada (porque se trata de una denotación fiel y cabal con el sentido y finalidad propios de la tutela cautelar), anti-formalista (porque ejemplifica, sin cerrar completamente los supuestos, diversas situaciones conformadoras de eventuales medidas cautelares, dejando la posibilidad de que puedan existir otras), atemporal (porque está por encima o trasciende las connotaciones típicas de cualquier institución jurídica) con tal de que se dicte –como es lógico– con anterioridad al laudo y delimitadora de los supuestos en que procede [letras a) a d)].

Prescindir de la autoridad judicial para establecer una medida cautelar en un procedimiento arbitral debería ser la tendencia legisladora en todos aquellos países que acometan el establecimiento de un régimen jurídico arbitral. No obstante, y en cualquier caso, lo que tampoco ofrece dudas es que el árbitro o el tribunal arbitral puede necesitar del auxilio judicial para ejecutar la medida cautelar, porque la vis coercitiva judicial-pública emana de la autoridad jurisdiccional, caso de que aquélla no sea razonablemente cumplida por la parte procesal afectada.

<sup>46</sup> Este artículo, extensísimo, supone en sí mismo toda una iniciativa orientada a configurar un auténtico régimen jurídico de la tutela cautelar arbitral, de ahí su importancia y de ahí que sea necesario llevar a cabo labores dogmáticas de seguimiento para analizar su posible implantación en las legislaciones estatales.

De igual modo, la solicitud de tutela cautelar arbitral se hace compatible con la judicial en el mismo art. 17 *undecies*<sup>47</sup>: «El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional».

La realidad forense demuestra, sin embargo, que los árbitros titubean sobremanera tanto a la hora de *concienciarse* de su facultad para adoptar medidas cautelares como también para determinar qué medida de las existentes es idónea para establecerse. Dado que ningún conjunto de medidas cautelares de cobertura legal suele definirse sobre la base de un *numerus clausus*, las amplias posibilidades para decantarse por una de ellas conduce, en no pocas ocasiones, a errar sobre su adecuación (a esta particular rémora, no obstante, no es ajena la actividad jurisdiccional)<sup>48</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES PARCIALES

Todavía no se ha dicho, que los aspectos registrales del procedimiento arbitral se pueden concentrar en la anotación preventiva de demanda, como medida cautelar, para asegurar los resultados del procedimiento. Puede afirmarse, sobre la base ya incluso de un principio general del derecho indubitado, que tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se han corregido los defectos y las dudas que existían en torno a la posibilidad de instar medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Esta reflexión ni presenta ni añade, en el momento legislativo actual, ninguna particularidad, pero hemos visto cómo han sido necesarias diversas reformas legales para que esta posibilidad se convierta en una conclusión irrefutable.

<sup>47</sup> UNCITRAL, *ibidem*.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 36, *in fine*, y 37, matiza: «En cualquier caso el catálogo (de medidas cautelares, se entiende) difiere respecto a que sea un juez o un árbitro el encargado de decretarlas, pues en el caso del primero la operatividad de la medida es mucho más intensa porque a él compete su ejecución, pero en caso del segundo la flexibilidad es mucho mayor por no estar constreñido al estricto ámbito de las leyes procesales internas. Es más, los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen insistir en esta flexibilidad al permitir que decreten las medidas que «considere apropiadas» (art. 23.1.º Regl. CCI), aunque luego se suscitarán los problemas consiguientes a la hora de su ejecución si el sistema concernido desconoce la concreta medida cautelar...».

Ahora, podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral en España o haya pedido la formalización judicial del arbitraje o, en el supuesto de arbitraje institucional, haya presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente. Esta posibilidad, anotada ya en la LEC y controvertida en la predecesora Ley de Arbitraje de 1988, es una absoluta realidad gracias al juego de los artículos 11 y 23 de la Ley de 2003.

Lo determinante entonces viene dado por la eventual confluencia de potestades –arbitral y judicial– en sede de medidas cautelares; Fernández Rozas<sup>49</sup> lo ve así: «La puesta en marcha de un procedimiento arbitral no puede impedir, pues, el acceso a la tutela cautelar como parte integrante del más general derecho a la tutela judicial efectiva. Es lógico que cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje no se produzca una derogación de la jurisdicción sino suspensión de su ejercicio y esta posibilidad, articulada legalmente, es una forma de ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso no es admisible que quienes desean ejercer el referido derecho constitucional por la vía arbitral, admitida y regulada legalmente, se vean privados de esa otra vertiente de la tutela judicial que es el aseguramiento cautelar. Estamos ante una manifestación de la verdadera cooperación entre jueces y árbitros que, en el caso de la adopción de medidas cautelares, es absolutamente necesaria. El recurso a la jurisdicción nacional, en estos casos, además de ser imprescindible, se resuelve de tal manera que termina con uno de los temores latentes en el uso de tal auxilio, cual es que las ventajas que ofrece el arbitraje queden en la práctica desvirtuadas; se consigue, como es natural, el equilibrio entre la finalidad de las medidas cautelares, anticipativa de emergencia, y las necesidades del procedimiento arbitral que debe desarrollarse sin dilaciones indebidas.

También el arbitraje obedece a unos caracteres específicos que dotan de peculiaridades a sus relaciones con las medidas provisionales. Si, como hemos reiterado, determinadas actividades propias del proceso arbitral no pueden llevarse a cabo sin la colaboración de los tribunales del Estado; según se interprete la extensión de la jurisdicción arbitral, la adopción de medidas cautelares será una de ellas o bien pasará al ámbito de las materias trasladadas a la competencia de los árbitros; pero se encuentra, en cualquier caso, en la zona de competencias compartidas. La práctica arbitral y judicial demuestra que la tutela provisional y cautelar es precisamente uno

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 60, *in fine*. Aunque el pasaje es algo extenso, merece la pena reflejar su completa opinión.

de los supuestos frecuentes en que ha de recabarse el apoyo de los tribunales estatales, en virtud de las importantes limitaciones que gravan al arbitraje en la materia. La facultad de los árbitros de otorgar medidas cautelares es una posibilidad teórica, cuya materialización en la práctica depende de la voluntad expresada por las partes al respecto, ya sea directamente, ya sea por remisión a un reglamento arbitral o a la ley que resulte aplicable al arbitraje en defecto de toda indicación. Es, además, de una posibilidad limitada, como ponen de manifiesto, por ejemplo, el supuesto que el tribunal arbitral no se encuentre formado cuando surge la necesidad de la medida o, en cualquier caso, el hecho que un árbitro no puede llevar a cabo la ejecución forzosa de una medida».

En efecto, cualquier tentativa de resolver las tensiones y litigios planteados en relación con la justicia cautelar que, con la normativa vigente en la mano, de manera autónoma –sin conexión órgano judicial-órgano arbitral–, es infructuosa y está condenada a enervar los efectos que normalmente debería producir.

## V. APÉNDICE. EL EFECTO SUSTANTIVO (DE) TRAS EL EFECTO PROCESAL: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA EN EL PROCESO ARBITRAL

La seguridad jurídica exige que se anticipen y protejan los efectos del futuro laudo arbitral. El principio de fe pública registral anuncia la protección del tercero de buena fe adquirente que confía en lo que el Registro publica<sup>50</sup>. La anotación preventiva de demanda, referida al proceso arbitral, aunque también –como es sabido– referida a otros ámbitos, pone en valor la conjugación del principio de seguridad jurídica a través de la fe pública. La fórmula es sencilla: el principio de fe pública registral, no por más repetido menos sabido, adquiere especial importancia dentro de la dinámica de los derechos; opera en beneficio de los terceros que, dentro del tráfico jurídico-comercial, adquieren un bien de quien, aparentemente, se encontraba facultado para

<sup>50</sup> La literatura, a través de monografías, trabajos, manuales, tesis... sobre la seguridad pública registral es extensa y profunda; destacamos, por su repercusión y por la originalidad de sus planteamientos, el trabajo de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R: «Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social», *Anuario de Derecho Civil*, T. LVIII, fasc. IV, octubre-diciembre de 2005, pp. 1509-1574.

De forma más específica para la fe pública registral, CHICO Y ORTIZ, J. M. «Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 625, noviembre-diciembre.

hacerlo. La protección se materializa convirtiendo en inatacable el derecho del tercero. Usemos un ejemplo cotidiano y por esa misma razón recurrente:

«Tiziano desea adquirir un inmueble. Encuentra uno a su satisfacción y acude al Registro de la Propiedad. Allí toma conocimiento de que el propietario del mismo es Trajano, y de que sobre el inmueble no pesan cargas, gravámenes ni anotaciones preventivas de demanda. Sobre la base de tal información, ambas partes celebran un contrato de compraventa. Como efecto de este negocio jurídico, Tiziano se convierte en nuevo propietario del inmueble y oportunamente inscribe su derecho en el Registro. Puestos en la eventualidad de que judicialmente se declarase la nulidad del contrato de compraventa anterior que había hecho propietario a Trajano, el principio de fe pública registral surgiría señalando que aquella nulidad no afectará el derecho de propiedad que, ahora, ostenta Tiziano. En este sentido, si se quiere, el principio de fe pública registral enerva o, por mejor decir, rehúsa el «efecto arrastre» que, de ordinario, suscita la invalidez de un negocio jurídico. Hasta el punto de que en este caso, incluso, puede llegar a consolidar una adquisición de quien no era propietario –la memorable adquisición *a non domino*–.»

Las consecuencias para el tema que tratamos son claras: la posición de un tercero que adquirió con las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria mientras estaba pendiente la conclusión del procedimiento, se mantendrán en virtud del principio de fe pública registral. Ya sabemos que, precisamente, la anotación preventiva cumple la función de enervar la fe pública registral impidiendo que aparezca el tercer adquirente protegido. Pero desarrollemos adecuadamente este punto.

La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de demanda se revela como una auténtica medida cautelar; su carácter instrumental, respecto del proceso principal, su homogeneidad con la futura medida ejecutiva y su provisionalidad registral<sup>51</sup> hacen de ella una medida que tiende a preordenar efectos indirectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de la inscripciones<sup>52</sup> y de los asientos

<sup>51</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>52</sup> De hecho, sin firmeza de la sentencia que ordene una cancelación, sólo cabe pedir anotación preventiva. Así lo determina la Resolución de 5 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y el Notariado; BOE de 1 de septiembre de 2006.

Aunque cabe la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no firmes, esta ejecución sólo puede comprender medidas de efectividad que no estén en contradicción con su provisionalidad. En nuestro ordenamiento registral las situaciones litigiosas que afectan a la existencia de los derechos inscritos tienen acceso al Registro a través de la anotación preventiva de demanda (artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria). Y existiendo ya sentencia ejecutable no hay obstáculo para que el que la solicite y haya obtenido, consiga la anotación preventiva al modo que ocurre en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

posteriores a la propia anotación preventiva. Publica indistintamente derechos reales y personales, así como situaciones jurídicas de mera proyección inmobiliaria. Pretenden un bloqueo de la protección registral. Podría hablarse incluso –a efectos comparativos– de un supuesto de suspensión temporal de la fe pública registral (aunque la Ley Hipotecaria habla de esta suspensión, en exclusiva, para los arts. 207 y el 28).

La autoridad pública dispensada al árbitro, que cualquier sujeto identifica con el *imperium* atribuido al juez, no le alcanza para otorgarle la facultad de emitir un mandamiento al Registrador de la propiedad (o mercantil) –u ordenar otro tipo de acto como embargos–, con lo que, en cierta medida, la tutela cautelar arbitral se ve seriamente diezmada cuando tiene enfrente el poder negativo del convenio arbitral; esto es, si existe cláusula de sumisión a arbitraje paccionada por las partes y cualquiera de ellas pretende la adopción de medidas cautelares por parte de un árbitro, habrá de contar con el consentimiento de la «disidente» (que deberá aceptar y cumplir con la decisión, en esta fase cautelar, determinada por el árbitro) para no tener que acudir en auxilio de la autoridad jurisdiccional, única ya que podrá, y permítase la licencia de este juego de palabras, arbitrarla.

La principal interrogante que surge entonces, a este respecto, es la siguiente: ¿tiene el procedimiento arbitral entidad suficiente como para conformar una anotación preventiva de pendencia antes de que sea dictado el laudo? Esta duda parece haber quedado al socaire de la nueva regulación, pero lleva tras de sí la rémora de una serie de cuestiones de no menos calado: lo que se esconde detrás de este debate –y esta idea, en algún párrafo anterior, ya la hemos proyectado– es la delicada posibilidad de que de una vez por todas se equiparen en mayor extensión el poder decisorio –lo que implicaría facultades totales de establecimiento y ejecución de las medidas cautelares– del juez y del árbitro, por una parte, y de que se equiparen la sentencia y el laudo, por otra <sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Estas consideraciones parten, sin duda, de la equiparación del laudo arbitral con la sentencia, y ello, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones comparadas, sin necesidad de homologación judicial. Parece que, en una primera aproximación, podría decirse entonces que cabe la misma solución para ambos pronunciamientos: el proceso de inscripción del laudo tendría así parámetros idénticos a los de la sentencia; pero, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, esto no es totalmente cierto.

Esta idea está imbricada en una tradición histórica muy remota. MERCHÁN ÁLVAREZ, en su estudio histórico-jurídico sobre el arbitraje, data esa tendencia de equiparación en el Código de Justiniano, desde el que pasaría al Derecho español a través del *Liber Iudiciorum* (Ley II, 1, 18) y luego a las *Partidas* (p. III, Título IV, Ley 23). En la reciente doctrina, y, salvo PRIETO CASTRO (*La nueva regulación del arbitraje*, Madrid, 1964), que manifestó la original tesis de que la actividad del Juez de ejecución representaba la homologación del laudo, se observa una absoluta adhesión a la equivalencia entre el laudo y la sentencia (las muestras son abundantes; basten los nombres de ORTIZ NAVACERRADA («La Ley 36/1988

En Derecho español, la ambivalencia sentencia-laudo había dado atisbos de legalidad consagrada en la LA de 22 de diciembre de 1953. La propia Exposición de Motivos de esta Ley anunciaba esta posibilidad al decir que «finalmente, en el artículo treinta y uno se declara la ejecutoriedad del laudo arbitral, equiparado en este punto a una sentencia, con posibilidad de ejecución provisional, cuando está pendiente de recurso, previa caución a cargo del interesado (artículo treinta y uno)». Es una declaración breve pero indubitada: se equipara en este punto a una sentencia, realidad que no se encontraba en el Derecho comparado (sistemas de tradición jurídico-canónica: Francia, Italia...), donde ocurría exactamente lo siguiente: el laudo no gozaba de la plena eficacia ejecutiva y no se asimilaba a la sentencia sino cuando un órgano judicial lo sancionaba, con lo que el arbitraje lo era menos en la medida en que el filtro judicial añadía una perjudicial traba que rebajaba más de una de las ventajas genéricas del arbitraje (agilidad y rapidez, especialización, etc.). La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1960 era lo suficientemente ilustrativa a este respecto. Manifestaba esta resolución la virtualidad ejecutiva del laudo «sin el previo requisito de la homologación en el ordenamiento patrio, a diferencia de otros extranjeros que preceptivamente lo exigen, y por la ejecución directa se equipara a las sentencias dictadas por los tribunales estatales...». El matiz es significativo: se equiparaban en cuanto a la ejecución directa.

Queremos decir con ello que a mayor grado de equiparación entre ambas instituciones, entre ambos foros de debate y decisión jurídica –la arbitral y la jurisdiccional–, menos razones habrá para negar al árbitro facultades de ejecución en sede de justicia cautelar. Ya, de entrada, no parece procedente que se niegue al árbitro esta facultad y, sin embargo, pueda dictar una resolución laudal, de mayor alcance y enjundia que un laudo parcial que especifique y establezca una medida cautelar. En verdad, lo que ocurre es que el sinsentido se da en ambos casos; el problema está cuando llega el momento de invocar el poder coactivo del Estado (el árbitro se

---

de 5 de diciembre de Arbitraje: Aspectos procesales», *Actualidad Civil*, enero de 1989), ALMAGRO NOSETE (*La nueva Ley española de Arbitraje*, Barcelona, 1990), MUÑOZ ROJAS (*Una introducción a la nueva Ley española de Arbitraje*, en LORCA NAVARRETE (dir.), San Sebastián, 1989).

Un punto y aparte lo constituye, en esta materia, GUASP. Para este autor, la fuerza ejecutiva del laudo no se deriva de su equiparación con la sentencia (hay, dice, auténticos títulos de ejecución que no son sentencias; como las transacciones o las escrituras de hipoteca), sino que ese carácter se lo otorga la Ley. Hay aquí, sobre todo, una coherencia lógica con la consideración contractual del arbitraje, de la que el propio GUASP partía sin tapujos.

encuentra inerte cuando tiene que imponer la ejecución de la medida, igual que se encuentra inerte cuando tiene que imponer la ejecución del laudo)<sup>54</sup>.

El artículo 257 de la Ley Hipotecaria es fiel reflejo de lo que venimos observando. Dice así: «Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias». Dado que las ejecutorias no son otra cosa que los testimonios expedidos por el Secretario judicial de una sentencia firme y que, según el tenor del precepto, suponen excepciones a la necesidad de mandamiento judicial, el laudo tiene puerta abierta para su acceso al Registro sin necesidad de ningún mandamiento<sup>55</sup>. Es más, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 tiene el ánimo de asimilar en lo posible los distintos títulos ejecutivos. En el Libro III (arts. 517 y ss.) destinado a la ejecución no sólo se refiere a la sentencia sino a la mayor parte de los títulos ejecutivos. La normativa intenta unificar, en lo posible, la ejecución de los distintos títulos ejecutivos, sin perjuicio de recoger sus especialidades. El laudo también es objeto de tratamiento. Se ocupa de la ejecución del laudo, en todos sus aspectos, incluida la forma de solicitar la ejecución en el ámbito jurisdiccional, que

<sup>54</sup> Las ejecución del laudo se rige, esencialmente, por las mismas normas que las de la sentencia.

La Ley de Arbitraje de 1988 había dedicado los arts. 52 a 55 a la ejecución forzosa del laudo. En estos artículos, lo que se regulaba era la fase de «homologación» del laudo a los títulos ejecutivos jurisdiccionales, ya que, una vez el laudo era aceptado para su ejecución en el ámbito jurisdiccional, la ejecución, en sí misma, no difería sustancialmente a la de la sentencia.

En los artículos citados, se regulaba el Tribunal al que debía solicitarse la ejecución. La forma, plazos y documentos a aportar, si se deseaba solicitar la ejecución. También se establecía un incidente de oposición a la ejecución. Una vez despachada la ejecución, el laudo equiparado ya a una resolución jurisdiccional, seguía los mismos pasos que la sentencia.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se había referido a la ejecución del laudo. Así pues, no había contradicciones, entre ambas normativas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece, respecto a los distintos títulos ejecutivos a que se refiere, y que incluyen el laudo, el tribunal competente para solicitar la ejecución, la forma y plazo de solicitarla, los documentos a aportar y la oposición a la ejecución, entre otras materias.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 no derogó explícitamente los artículos 52 a 55 de la Ley de Arbitraje, pese a sus coincidencias. Esta circunstancia provocó un cierto desconcierto interpretativo que ya ha sido resuelto con la nueva Ley de Arbitraje de 2003, que subsana esta deficiencia. Suprime los artículos que regulaban materias coincidentes, dejando intacto el espíritu de su regulación.

<sup>55</sup> Así lo consideran también FERNÁNDEZ DEL POZO, L. («Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXVIII, núm. 612, septiembre-octubre de 1992, pp. 2033 a 2053) y PICÓ JUNOY y VÁZQUEZ ALBERT («El arbitraje en las sociedades mercantiles», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.ºs 3-4, 1998, pp. 535 a 574).

ya regulaba la Ley de Arbitraje de 1988 y cuya regulación se ha trasladado –con los parámetros que estamos viendo– a la vigente Ley de Arbitraje de 2003<sup>56</sup>.

En otro orden de cosas, y para concluir esta idea, hay que manifestar que, como escribe Fernández del Pozo<sup>57</sup>, no existe una regulación general de anotaciones preventivas en el procedimiento arbitral, aunque no sería difícil construir una teoría general a este respecto; bastaría con acudir a los procedimientos arbitrales en que se ventilan pretensiones que implicarían, de estimarse, la declaración de inexactitud o invalidez de los hechos inscribibles, estén o no inscritos.

<sup>56</sup> Aunque en el interdisciplinar ámbito del Derecho de consumidores, dice MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA («Sistema arbitral, dificultad de ejecución de laudos y turno de asesoramiento de las asociaciones en la Junta Arbitral», *Comunicaciones al I Congreso Europeo de Consumidores*, noviembre de 2004, Burgos): «La Ley de Arbitraje, establece que un Laudo de una Junta Arbitral, tiene los mismos efectos que una Sentencia dictada por un Juzgado. El artículo 517.2 de la nueva LEC, establece que el Laudo Arbitral es un título que lleva aparejada la ejecución.

Sin embargo la Junta Arbitral no puede hacer ejecutar sus propios Laudos, debiéndose estos ejecutar en sede judicial, concretamente, según dispone el artículo 545 de la nueva LEC, en el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se haya dictado el Laudo.

Aunque en principio el Consumidor podría solicitar la ejecución del Laudo sin necesidad de Abogado ni Procurador, ya que el art. 539 LEC establece que para la ejecución no será preciso abogado y procurador cuando la resolución se haya dictado en un proceso donde no era preceptiva la participación de los citados profesionales, en la práctica, la regulación legal hace que cuando el condenado no quiera pagar voluntariamente, el consumidor se encuentre en una clara indefensión. De un procedimiento sencillo debe acudir a un Juzgado a pedir la ejecución del Laudo.

Cabe recordar en este punto, que la ejecución debe solicitarse según el artículo 549 de la nueva LEC a través de un escrito llamado «Demanda Ejecutiva», escrito que tiene un carácter marcadamente formalista y que puede desbordar la consumidor medio, que no sabe qué pasos debe seguir ni como llevar a cabo el derecho que un Laudo le ha reconocido.

La propuesta que se lanza desde este congreso, para apoyar al consumidor en tanto no se modifique la actual regulación legal, es constituir un turno de asesoramiento, mediante el cual, la Junta Arbitral podría poner en contacto al consumidor cuyo laudo no se ha cumplido voluntariamente, con las asociaciones de consumidores. Estas asociaciones, a través de sus asesores, podrían ayudar a redactar la demanda ejecutiva, y asesorar al consumidor en el proceso de ejecución que debe sustanciarse en sede judicial.

Es de señalar que esta propuesta no entra en fricción con la Ley de Justicia Gratuita, ya que como la Ley no exige abogado ni procurador para ejecutar el Laudo el consumidor no tendría derechos a estos profesionales aun cuando cumplierse los requisitos de carácter económico establecidos en la Ley de Justicia Gratuita.

Como se ve la regulación legal ha dejado una auténtica laguna, ya que el consumidor que ha conseguido un laudo a su favor, cuando lo quiere ejecutar, se encuentra con que debe acudir al Juzgado y que no tiene acceso a abogado ni procurador de oficio aunque sus recursos económicos justificasen la aplicación de la Ley de Justicia Gratuita, lo que evidentemente genera una clara indefensión del ciudadano que vulnera el artículo 24 de nuestra constitución.

La solución definitiva al problema pasaría por una modificación legislativa que facilitase la ejecución de los laudos, quizás dando a las Juntas Arbitrales el poder de ejecutar sus propios Laudos. Pero en mientras no se lleve a cabo la citada modificación legislativa, la propuesta presentada es útil para dar una respuesta eficaz a una necesidad del consumidor».

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, p. 2048.

El artículo 727.5 de la LEC, dentro de las medidas cautelares específicas, se encarga de citar «la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos».

Hasta aquí una breve introducción del establecimiento de la anotación preventiva de demanda arbitral como medida cautelar. En cuanto a su nulidad y cancelación, basta acudir a Roca Sastre quien, en lo referente a la nulidad de las inscripciones, y aún siendo bastante para su cancelación el contenido de la sentencia, declara que es práctica constantemente observada cursar mandamiento, a lo que no es ajeno el artículo 53 del Reglamento Hipotecario que parece amparar este criterio<sup>58</sup>. En otras ocasiones, es manifiestamente necesario el mandamiento, cuando en la sentencia se han reservado para el momento de la ejecución algunas determinaciones trascendentes al Registro (pensemos, por ejemplo, en la retroacción de la quiebra y su proyección registral que en cada caso particular deberá ser señalada). No obstante, a todo esto, hay que reparar en lo determinado por el artículo 173 del Reglamento Hipotecario, cuando establece que «para practicar la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas, en los casos a que se refiere el artículo 79 de la Ley, será necesario presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, o en que se declare la nulidad del título inscrito o de la inscripción».

## V.1 Anotación preventiva de demanda y fe pública registral

A estas alturas del trabajo no podemos por menos que ir asentando la idea de que la anotación preventiva de demanda (también de demanda arbitral) se erige en un auténtico mecanismo de defensa en manos del demandado para evitar los efectos que pudieran derivarse de la aplicación del principio de la fe pública registral.

Ha sido habitual entender que la anotación de demanda es una medida cautelar de naturaleza registral que trata de asegurar la pretensión ejercitada en el proceso para el caso de que finalmente sea estimada. A la hora de precisar esta formulación abstracta, pode-

<sup>58</sup> ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, Tomo III. 6.ª ed., pp. 225 y ss. DE MENA (DE MENA Y SAN MILLAN, J. M.), *Calificación registral de documentos judiciales*, 1985. Más reciente, TORRES MANRIQUE, F. J., «La calificación registral de los documentos judiciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 689, mayo-junio de 1989) considera que la nulidad de inscripciones no es cuestión arbitrable, pues los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

También, por supuesto, CHICO Y ORTIZ, J. M. *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid, 1994.

mos entender que la finalidad de la anotación de demanda consiste en preservar el proceso del juego del Registro, eliminando los obstáculos que pueda levantar la fe registral a la ejecución de la sentencia estimatoria que en su día se dicte<sup>59</sup>. Y entonces:

I) Si la pendencia del proceso no se publica mediante la oportuna anotación, el que adquiere, a título oneroso y de buena fe, derecho del demandado, e inscribe, devendrá titular de modo irrevocable.

II) Poco importa que la sentencia final acoja las razones del demandante y reconozca su derecho. El fallo es inútil y de poco servirá al vencedor iniciar un nuevo proceso contra el tercero: mientras se ventilaba el primer juicio, el Registro le ha investido al adquirente con un título autónomo de propiedad, independiente del de su causante.

III) En resumen, el juego demoledor del Registro ofrece al demandado un cómodo instrumento para burlar la Justicia: resultado intolerable por partida doble, ya que conduce al descrédito del proceso y del Registro. De ahí la necesidad de ofrecer al demandante instrumentos para impedirlo.

La anotación de demanda sería el instrumento que el demandante tiene para impedir que durante el proceso se produzca, mediante el juego del Registro, la adquisición *a non domino* por un tercero del derecho reclamado (*vid., supra*, el ejemplo usado en la p. 47).

<sup>59</sup> Tomamos un ejemplo clarificador y práctico donde puede llegar a discutirse incluso la creación *ex novo* de medidas cautelares: El comprador por virtud de documento privado, de unas parcelas, demanda el cumplimiento del contrato al vendedor. El contrato tiene una cláusula de arras de desistimiento, que el vendedor ha ejercitado.

La acción ejercitada por el comprador tiene trascendencia real, ya que la entrega de la cosa en que consiste el cumplimiento del contrato produce la transmisión del dominio, por lo que procederá la anotación preventiva a fin de asegurar los efectos del proceso. El fondo económico del mismo viene determinado por la conveniencia para el vendedor de resolver la venta y volver a vender, dada la revalorización de los bienes.

Se discute con ocasión de este caso si el artículo 727.5.<sup>a</sup> de la nueva LEC ha creado una nueva anotación preventiva de demanda como medida cautelar genérica, de las señaladas en el artículo 42.10.º de la Ley Hipotecaria, o si bien, dicha anotación preventiva es la de demanda a la que se refiere el artículo 42.1.º de la última ley.

Si bien se señala que el artículo 42.10.º de la Ley Hipotecaria permite la práctica de cualesquiera otra anotación preventiva distinta de las enumeradas en los apartados precedentes del mismo, siempre que se hallen previstas en la ley, como es el caso de la medida cautelar que previene el artículo 727.5.<sup>a</sup>, nos inclinamos por considerar que la LEC no ha creado una nueva anotación preventiva, ya que la sede oportuna para hacerlo es la Ley Hipotecaria, sin perjuicio, de que el legislador pueda hacerlo en otra ley, siempre y cuando lo haga con la claridad y expresión suficiente como para considerar evidentemente sentada su voluntad en ese sentido. Pero en el presente caso la LEC no procede así, por lo que es preciso acudir a las normas de la Ley Hipotecaria para determinar si la anotación es o no susceptible de ingreso en el registro, por lo que deberemos acudir al artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, en lo que abunda el artículo 738.2.III de la LEC al ordenar que en la ejecución de la medida cautelar, cuando se trate de anotación preventiva, se proceda conforme a las normas del Registro correspondiente.

La función de la anotación sería propiamente defensiva. Desde esta perspectiva la anotación de demanda sería –en lo que parecería un juego tautología de palabras– el medio que el Registro ofrece al proceso para ponerse a salvo de los efectos del Registro. Se trataría también de privar al demandado de la facultad de servirse de forma ilegítima del Registro con el objetivo de burlar al demandante vendedor y también a la jurisdicción, que lo reconoce como tal. En este punto coinciden doctrina y jurisprudencia: la finalidad de la anotación de demanda consistiría en enervar los defectos destructivos del principio de fe pública registral.

«No parece, sin embargo, rigurosamente exacto afirmar que la anotación sea una medida dirigida simplemente a suspender la protección registral de las adquisiciones de derechos realizadas con posterioridad (por tanto, operativa sólo a partir del momento en que se practica). Esta construcción merece, cuando menos, dos correcciones en su significado, equivocado por exceso y por defecto.

I) En primer lugar, aún dando por bueno que la finalidad de la anotación es suspender el juego de la fe registral, lo cierto es que sólo la suspende en cuanto perjudique al anotante: una suspensión, pues, por una parte, de eficacia relativa. El Registro sigue funcionando y protegiendo al tercero que inscribe contra todos, salvo contra el anotante.

II) En segundo lugar, la parálisis que la anotación produce de la fe registral en beneficio del demandante es total hasta el punto de que el Registro dejará de amparar no sólo a los adquirentes posteriores, sino también a los anteriores: la suspensión opera entonces con un cierto carácter retroactivo. Así los que adquirieron derechos antes de la anotación, pero los inscriben después, tampoco pueden llamarse a la protección de la fe pública»<sup>60</sup>.

Esta particular eficacia de la anotación es difícilmente comprensible, por lo que se han visto condenados al fracaso los sucesivos intentos doctrinales para encontrarle acomodo o justificación en alguna de las construcciones conceptuales habitualmente manejadas en Derecho. Sea cualquiera la opinión que se acepte sobre el alcance del principio de fe pública, resulta que la anotación de demanda, por una parte, no consigue enervar completamente su efecto: el Registro sigue funcionando y su juego perjudicando a todos menos al anotante. Por otra parte, en cambio, paradójicamente en beneficio del anotante, la paralización de la fe registral es radical hasta el punto de que deja de proteger también a adquisicio-

<sup>60</sup> ALFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, en *Comentarios al Código Civil, tomo VII, vol. 5.º Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*, dirigidos por ALBADALEJO GARCÍA, Madrid, 2004.

nes anteriores a la anotación que se inscriben después. Conclusiones que se avienen mal con la idea de que la anotación, tal como pasaría con una prohibición de disponer, niega protección registral únicamente a las adquisiciones consumadas a partir del momento en que se extiende<sup>61</sup>.

## V.2 Arbitraje y trascendencia jurídico-real

Recoge la más erudita doctrina<sup>62</sup>, refiriéndose a las posibles medidas cautelares acordadas por los árbitros, que «el embargo preventivo de bienes para proteger de la insolvencia o la anotación preventiva de demanda arbitral, así como otras anotaciones registrales, requerirían intervención jurisdiccional auxiliadora». <sup>63</sup> La atribución en exclusiva a un árbitro del poder de dirigir un mandamiento al registrador para que anote preventivamente una demanda arbitral, ¿genera algún peligro?

Es obvio que a esta pregunta se le pueden atribuir dos adjetivaciones: peyorativa o ingenua y, desde luego, retórica. Habría que matizar también a qué tipo de peligro nos referimos. Desde luego ingenua no es... y el hecho de que la calificuemos de retórica hace traslucir *per se* su contenido peyorativo. De entrada, está excluida la posibilidad de obtener una resolución judicial de anotación preventiva de demanda cuando un convenio arbitral irradia su fuerza negativa, ya que, «en cuanto a la necesidad de obtener la resolución judicial de anotación preventiva, se trata de un efecto secundario de la demanda que, con independencia de la trascendencia que pueda corresponderle, de ningún modo debe prevalecer sobre lo princi-

<sup>61</sup> ALFONSO RODRÍGUEZ, *ib.*, p. 235.

<sup>62</sup> En este caso, YÁÑEZ VELASCO, *op. cit.*, p. 460; MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001.

<sup>63</sup> «No ocurriría lo mismo *–ibídem–* si se pacta la intervención o la administración del árbitro o de un tercero sobre bienes productivos cuya entrega se reclama (establecimientos comerciales, industriales o fincas rústicas), y tampoco sería necesaria la participación judicial para constituir un contrato de depósito de cosa mueble en posesión de una de las partes interesadas. Sin embargo, cuando no medie la voluntad común de los protagonistas sí sería preciso solicitar el auxilio del juzgador. Este también será preciso en cuanto a la cesación provisional, abstención temporal o prohibición temporal de actividades, conductas o realización de prestaciones, salvo que el propio sujeto que sería afectado por la medida solicitada acepte la cesación, abstención o no realización y se comprometa incluso desde el punto de vista obligacional con previsión de responsabilidades en caso de incumplimiento. Las intervenciones, consignaciones y depósitos reclamadas en concepto de remuneración de derechos de la propiedad intelectual o referidas a ingresos que se alegan de contrario obtenidos mediante actividad ilícita, permitirían tanto la consignación voluntaria como el contrato de depósito, pero si no existe voluntad de los implicados volvería a ser necesario el poder coactivo del juez auxiliador, al igual que ocurre en el depósito de ejemplares de obras, objetos y material. Por último, en materia de impugnación de acuerdos societarios pueden los propios socios acordar la suspensión de su ejecución, pero sin esta voluntad mutua de nuevo haría falta la intervención jurisdiccional.»

pal, en este caso el mismo derecho a ejercitarla ante la jurisdicción ordinaria, limitado expresamente por el sometimiento al arbitraje. Al excluir legítimamente esta estipulación la interposición de la demanda, también resultan excluidos todos sus efectos, entre ellos la posibilidad de acordar su anotación en el Registro, pues lo contrario sería contradictorio»<sup>64</sup>. Hay arbitraje..., por ende no hay anotación preventiva de demanda (no arbitral).

Pero la anterior pregunta se formulaba buscando responder una diatriba distinta; la incógnita gira en torno a si, sobre la base de un convenio arbitral que legitima una demanda arbitral, puede inscribirse la anotación preventiva de esa demanda arbitral.

Es aquí donde la trascendencia jurídico-real aparece para imponer el criterio de que, con ánimo de evitar la consumación de una transmisión negocial que sí accede al Registro, es procedente asegurar las resultas del proceso arbitral permitiendo el acceso al Registro de la propiedad de la anotación preventiva de la demanda arbitral. El mecanismo y la justificación –atisbados páginas más arriba– son tan simples como los esgrimidos para el caso de que se trate de una demanda judicial. No obstante, la realidad parece mostrarse en contra de este fundamental principio de justicia (arbitral). Sobre todo si se tiene en cuenta<sup>65</sup> que la celeridad y agilidad del arbitraje no es comparable con la rapidez con la que puede consumarse una transmisión (o perfeccionarse un negocio jurídico), practicarse su inscripción, y aparecer un tercero hipotecario protegido, en virtud del juego inmediato y mecánico de los principios registrales de legitimación y de fe pública registral. El árbitro debería gozar de poder y fuerza para generar –en sus justos límites, que son los marcados por la reglamentación hipotecaria; esto es, la normativa que precisamente impide la actividad autónoma del árbitro– la anotación preventiva sin auxilio jurisdiccional complementario.

«Un especial esfuerzo imaginativo, hipotecario y procesal»<sup>66</sup>, dirá Ávila Navarro, requiere la configuración de la anotación preventiva de demanda arbitral en la medida en que no está, por una parte, prevista en el riguroso *numerus clausus* de la normativa hipotecaria, ni, como se ha visto, la normativa arbitral anterior ponía las cosas fáciles. En efecto, dado el escaso refuerzo de los textos positivos en esta materia, que –no debe olvidarse– fecunda células de la trascendencia de la mutación jurídico-real, se genera

<sup>64</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia de la sección 2.ª, de 14 de noviembre de 1997.

<sup>65</sup> Lo dice, y nos suscribimos línea por línea a esas palabras, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001, p. 526.

<sup>66</sup> ÁVILA NAVARRO, P., en sus *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, 1994.

la necesidad de acudir a auténticas filigranas jurídicas para configurar una medida cautelar como la anotación preventiva de demanda arbitral.

### V.2.1 REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Es incontestable la idea de que el Registro trasluce una realidad extra-registral con la que ha de ser concordante; la información registral infunde en el tráfico jurídico-económico la certeza (amparada por el principio de seguridad jurídica); la confianza del tercero (amparada por la denominada fe pública registral). Por el contrario, el procedimiento judicial cumple –entre otras funciones– u ofrece la posibilidad de cuestionar la estabilidad de la información registral. Pues bien, como dice Ramos Méndez<sup>67</sup>, existen dos formas de someter a debate el contenido o la información registral: «...bien porque la propia situación registral se convierta en objeto del proceso, esto es, en la *res litigiosa*, bien porque el contenido del proceso implique algún tipo de trascendencia registral».

Además de la referencia expresa, ya estudiada, del artículo 722 de la LEC, el párr. 6.º del art. 727 del mismo cuerpo legal, recuerda este autor –dentro de las medidas específicas– que pueden acogerse «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral<sup>68</sup> sea útil para el buen fin de la ejecución». Entre otras, la intención de estos preceptos –parece claro ya, según hemos tenido ocasión de investigar al hacer referencia a la regulación positiva de las medidas cautelares en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000– es amparar desde el punto de vista normativo la anotación preventiva de iniciación de un procedimiento arbitral con trascendencia jurídico real.

### V.2.2 OBJETIVO DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA (ARBITRAL): LA INTERRUPCIÓN DE UNA EVENTUAL MUTACIÓN JURÍDICO-REAL

La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, contempló en el Título III (arts. 42 a 75) las llamadas anotaciones preventivas. Y el art. 42 estatuyó, en el párr. 2.º, que podían pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente «el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o

<sup>67</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *op. cit.*, p. 16.

<sup>68</sup> MORALES MORENO, A. M., «Publicidad registral y datos de hecho», *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 2000.

extinción de cualquier derecho real». Desde sus inicios, es perfectamente sabido que el hecho de que se articulara esta medida en concreto ha respondido siempre a la necesidad de cohesionar los resortes del sistema registral, pues es lógico que si el Registro protege a quien de buena fe y a título oneroso adquiere un bien inmueble –el llamado tercero hipotecario–, necesita de alguna fórmula –la medida cautelar de anotación preventiva– para informar de que los pretendidos y habituales efectos de la mutación jurídico-inmobiliaria quedan interrumpidos. Esto es, el art. 17.1 de la Ley Hipotecaria hace el resto: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real».

El establecimiento de una medida cautelar es una labor conjunta del Juez y del Registrador, dado que se trata de una posibilidad jurídica que participa de la doble condición de asiento registral y medida cautelar propiamente dicha. Es claro que el objeto de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, identificado ese objeto con la finalidad pretendida o buscada por la parte que la solicita, no puede ser otro que publicitar la existencia de un procedimiento (judicial o, en nuestro caso, arbitral) sobre una cosa en sentido jurídico o sobre una situación jurídica con trascendencia jurídico-real. Se trata de inmovilizar o, por mejor decir, paralizar los pretendidos efectos de una posible transmisión o mutación jurídica. Se evitan así actos de disposición fraudulenta que mermen los efectos de una eventual sentencia estimatoria.

Así lo decía De la Rica y Arenal<sup>69</sup>: «... es la medio que la técnica jurídica ofrece a los intereses jurídicos, reconocidos jurisdiccionalmente mediante sentencias firmes, para asegurar su eficacia anticipadamente, es decir, antes de que la sentencia se dicte por los órganos judiciales competentes». También, la originaria Ley Hipotecaria, en su Exposición de Motivos, identificaba los supuestos para los cuales se hacía viable el asiento de anotación preventiva: en algunos casos, asegurar las resultas de un juicio; en otros, garantizar derechos existentes, pero no definitivos; y, por último, en otros casos se pretendería asegurar los efectos de los títulos defectuosos para cuando, una vez subsanados, sean inscritos.

La cuestión del objeto o finalidad que se pretende con la anotación preventiva de demanda (arbitral) ha de ser puesta en relación con el ámbito de aplicación del arbitraje (materias objeto de arbi-

<sup>69</sup> DE LA RICA Y ARENAL, *op. cit.*, pp. 65, *in fine*, y 66.

traje), cuya Ley, desde luego, no sustrae a la competencia de los árbitros las cuestiones civiles relativas a las mutaciones jurídico-inmobiliarias. Y entonces, teniendo en cuenta que, como hemos dicho, la anotación preventiva de demanda tiene la doble característica de ser *judicial* –en el sentido de que han de decretarse por el órgano judicial competente; en ningún caso, por árbitros– y *rogada* –porque la posibilidad de su establecimiento depende de que sea solicitada por la parte–, ¿cabría plantearse, *de lege ferenda*, la eventualidad de que un cambio normativo posibilite que dicha medida cautelar sea establecida y ejecutada por un árbitro? La respuesta, a día de hoy, no puede ni debe ser sencilla; dicha posibilidad ha de confiarse a la progresión social y normativa<sup>70</sup>.

### V.3 El Registro de la Propiedad y la anotación preventiva de demanda arbitral. Laudo y ejecución del laudo

Una de las voces más autorizadas sobre las medidas cautelares en el arbitraje<sup>71</sup>, la prof.<sup>a</sup> Barona Vilar, refleja, si bien de forma escueta, que en el supuesto de que se adoptase una medida cautelar de anotación preventiva, habría que estar a la norma privilegiada del artículo 738.2.III de la LEC: «Si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente». Se trata, a la postre, de una norma de remisión a la normativa registral concreta, en atención a la clase de Registro que se tratare (Registro de la propiedad, Registro Mercantil...).

Podemos decir, con Martín Pastor<sup>72</sup>, que siendo la anotación preventiva de demanda una medida cautelar que sirve de puente de comunicación entre el proceso y el Registro, para que el órgano jurisdiccional la pueda adoptar es preciso que el objeto del proceso que se inicia con la demanda tenga un carácter registral<sup>73</sup>, esto es, que el resultado de dicho proceso pueda tener acceso al Registro.

<sup>70</sup> En nuestro caso, abogamos por una reforma legislativa que vaya introduciendo la posibilidad de que sean los árbitros, de manera autónoma, quienes puedan enviar un mandamiento al registrador de la Propiedad para que éste anote preventivamente (si bien, ese mandamiento habrá de pasar oportunamente el tamiz de la calificación registral –legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase que pretenden acceder al Registro; *vid.* art. 18 de la LH).

<sup>71</sup> De hecho, cuenta con una magnífica y reciente monografía titulada homónimamente *Medidas cautelares en el arbitraje*, Navarra, 2006.

<sup>72</sup> MARTÍN PASTOR, *op. cit.*, p. 111.

<sup>73</sup> Y se apoya esta declaración en manifestaciones tan antiguas como la contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 1925, que asevera que en la anotación de demanda practicada deberá consignarse «el objeto de la misma con la precisión y claridad necesaria para evitar confusiones o perjuicios al tercero que haya de contratar, confiado en la fe de los libros hipotecarios».

Dicho esto, y no obstante, en frase que resume el hilo conductor de este artículo dogmático, puede aseverarse que el árbitro, en el momento legislativo actual, puede establecer la medida cautelar de anotación preventiva de demanda arbitral, pero necesita del auxilio judicial para ejecutarla.

La justicia cautelar puede impartirse entonces a través de dos cauces, y es susceptible entonces de resolverse –según previsión legal– de dos formas distintas: el juez decide a través del llamado auto cautelar; y el laudo cautelar (llamado laudo parcial, no por la LA, sino por su Exposición de Motivos) contiene la decisión arbitral –de los árbitros– sobre la tutela cautelar. Una vez dictado el laudo parcial [con los condicionantes o requisitos que establecen los párrfs. 3, 4, 5 y 6 del art. 37: fecha y lugar de dictado, decisión o pronunciamiento –cabe incluso voto discrepante–, motivación, costas y firma de de los árbitros (sea individual o colegial)], lo que no podrá es ejecutarse –salvo en el hipotético caso de que el sujeto pasivo de la medida cautelar acceda voluntariamente a cumplirlo– sin el auxilio jurisdiccional procedente<sup>74</sup>. En resumen, la ejecución

---

Sirvan, por casi todos, las palabras del prof. GARCÍA GARCÍA, J. M., en «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», RCDI, núm. 625, noviembre-diciembre de 1994.

También para ROCA SASTRE, R. M.<sup>3</sup> ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho Hipotecario, IV-1*, Barcelona, 1959, p. 53, el objeto de la demanda debe estar perfectamente delimitado en la anotación practicada, añadiendo que «si según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria la anotación en general y, por tanto, la de demanda no impide que el titular registral de los bienes o derechos inscritos objeto de dicha anotación pueda enajenarlos o gravarlos, el adquirente de éstos conviene que sepa con claridad cuál sea concretamente la pretensión que se ejercita en la demanda, pues de lo contrario, o sea, de haber confusión sobre el litigio, los bienes anotados sufrirán en el tráfico inmobiliario, ya que el adquirente, a la vista de dicho objeto de la demanda, puede a veces fundadamente pensar en que la tal medida anotada no prevalecerá, cosa imposible de dilucidar ante la imprecisión del objeto de la demanda anotada preventivamente».

Ante la clarividencia de la nota, hemos optado por recogerla íntegramente por referencia de MARTÍN PASTOR, *op. cit.*, p. 111, nota a pie n.º 19.

<sup>74</sup> En la sempiterna comparación entre la sentencia y el laudo, siempre ha estado yuxtapuesta la cuestión de la cosa juzgada. En este debate, median declaraciones como la contenida en la Exposición de Motivos de la LA, que declara que el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable. Así lo ve la prof.<sup>3</sup> BARONA VILAR –*op. cit.*, p. 345– para el caso de la eficacia de cosa juzgada del laudo parcial: «Estamos ante una resolución que contiene un pronunciamiento que decide, en palabras de CALDERÓN CUADRADO, «relaciones cambiantes, que establecen situaciones de hecho y de derecho no definitivas, y que como tales pueden exigir variaciones»\*. No obstante, si las circunstancias que concurren en el momento de adoptar la medida no varían, la resolución cautelar que se dictó es inalterable. De este modo, si los hechos que sustentaron y fundaron el pronunciamiento cautelar no varían, podrá alegarse cosa juzgada en aquellos supuestos en que se pretende el alzamiento, la modificación o la supresión de las medidas; y, por el contrario, si los hechos cambian, no es posible hablar de cosa juzgada, por cuanto la pretensión que se ejercita en este segundo momento no es la misma al haber cambiado la *causa petendi*».

Y remata diciendo: «Reiteramos en este punto que la cuestión de la cosa juzgada es especialmente interesante cuando, desde el reconocimiento que se efectúa por el legislador registral, son perfectamente posibles las demandas cautelares en sede judicial y en sede

del laudo arbitral cautelar queda fuera de la atribución competencial de los árbitros.

Y aquí, en contra de los que puedan pensar que se da por acabado el debate, puesto que el árbitro debe acudir para ejecutar su decisión a la colaboración –y a ver en qué condiciones y bajo qué premisas se presta...– de los órganos estatales, a través del procedimiento marcado para ello en la LEC, y aquí, decimos, es donde precisamente ha de abrirse el debate que ha volado sobre el «nido de los cucos» que entienden que la actividad arbitral cautelar se agota en ese punto. Aquí es donde ha de abrirse la brecha de los que, a fuer de temer por su poder integral, niegan incluso la existencia del debate, desconociendo además que en el seno de Naciones Unidas, en la plataforma también de debate de la afamada Ley Modelo para el arbitraje, se llegó a plantear la viabilidad de que los árbitros dispusieran en su ejercicio de la autoridad normativa suficiente para ordenar la ejecución forzosa de la medida cautelar. Está claro que se trata de una cuestión en la que se debe valorar, en primer término, su cobertura constitucional y legal, y, después, sus condicionantes, requisitos y eficacia.

Sirva como ejemplo la Resolución de 20 de febrero de 2006, DGRN, BOE de 23 de marzo de 2006, cuyas líneas directrices incorporamos a mayor abundamiento, y donde se planteaba la posibilidad de practicar una anotación preventiva de prohibición de disponer en base a un acta de protocolización de un laudo arbitral en el que se acuerda esa medida en garantía de los derechos de una de las partes, para asegurar el buen fin de la escritura pública de compraventa, cuyo otorgamiento en determinadas condiciones, es acordado en el propio laudo.

El Registrador deniega la anotación por entender que es una medida cautelar que sólo puede practicarse en virtud de mandamiento judicial.

La Dirección entiende que la medida adoptada en el laudo tiene efectivamente carácter cautelar o asegurativo, y que tanto la LEC de 2000 como la Ley de Arbitraje (ley 60/2003) admiten la posibilidad de reconocer a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares. *Sin embargo hay que analizar si tal medida cautelar requiere auxilio judicial para su ejecución.*

La ley de Arbitraje de 2003 señala expresamente en su Exposición de Motivos que «obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares

---

arbitral. Plantear ambas de forma simultánea crearía un doble juego que no pretende el legislador, amén de una inseguridad jurídica que permitiría el *bis in idem* cautelar».

\* CALDERÓN CUADRADO, *op. cit.*, p. 262 (citado también en este trabajo).

será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si un laudo sobre el fondo se tratará». De igual manera el art. 23.2 en relación con el 44 en materia de ejecución de medidas cautelares, remite a las normas de la legislación procesal, la cual, tratándose de anotaciones preventivas, nos conduce a la legislación hipotecaria. Pues bien, el art. 42.4 de la L.H. establece, tratándose de anotación preventiva de prohibición de disponer, la posibilidad de solicitarla al que «demandando en Juicio Ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera Providencia con arreglo a las Leyes ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles» y el R. H. desarrollando esta norma, en su art. 165 señala para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, que «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandato del Juez o Tribunal en que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme.» De ello se desprende que para la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros se requiere el auxilio del Juez o Tribunal que resulte competente (art. 8 Ley de Arbitraje), por lo que se confirma el defecto contenido en la nota de calificación.

Consciente de la dificultad de articular un sistema en el que el árbitro o el colegio arbitral puedan ejecutar una medida cautelar sin necesidad de buscar la ayuda de los órganos jurisdiccionales, la tan traída Ley Modelo inventó las denominadas «órdenes preliminares»<sup>75</sup>, en un intento por buscar una solución intermedia que, en lo posible, evitara la expuesta tarea de recabar el auxilio judicial. Dado el carácter accesorio de las medidas cautelares, carece de sentido que el árbitro no pueda ejecutarlas, cuando, además, sí puede ya resolverlas.

Para evitar una toma de postura concluyente y coherente sobre un asunto que puede ocasionar numerosas ventajas al complejo mecanismo de la impartición de justicia, el legislador se ha contentado con una escuálida previsión –que se ha condensado en la remisión a la LEC contenida en el art. 44 de la LA de 2003– que en nada resuelve un tema que habrá de replantearse en el futuro.

---

<sup>75</sup> Si se quiere una auténtica visión global sobre este tipo de órdenes y su encaje en un sistema jurídico, es de obligada consulta «The Need for Conservatory and Preliminary Measures», *International Business Lawyer*, vol. 27, n.º 5, 1999, pp. 193-240, de CREMADES, B. M.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALFONSO RODRÍGUEZ, E.: *Comentarios al Código Civil, tomo VII, vol. 5.º Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*, dirigidos por ALBADALEJO GARCÍA, Madrid, 2004.
- ALMAGRO NOSETE, J.: «Jurisdicción y arbitraje», en *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 2, pp. 61 y siguientes.
- ÁVILA NAVARRO, P.: *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, 1994.
- BARONA VILAR, S., (COORD.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004.
- BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, Navarra, 2006.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *Las medidas cautelares indeterminadas*, Madrid, 1992.
- CARRERAS LLANSANA, J.: «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Procesal (con FENECH)*, Barcelona, 1962.
- CREMADES, B. M.: «The Need for Conservatory and Preliminary Measures», *International Bus. Lawyer*, vol. 27, n.º 5, 1999, pp. 193-240.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid, 1994.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: «Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 625, noviembre-diciembre.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «Dos conferencias notables. I. La anotación preventiva de demanda. Su valor jurídico (Comentario a la conferencia de D. Ramón Meced Gress, en el Colegio Notarial de Valencia)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, pp. 65-81.
- DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.: *Calificación registral de documentos judiciales*, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1992.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.
- FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, 1996.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, noviembre-diciembre 1994.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARBA, E.: *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Madrid, Laborum, 2001.
- MAGRO SERVET, V.: «La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, n.º 2, 2004, pp. 1850 a 1857.
- MARTÍN PASTOR, J.: *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001.

- MARTÍNEZ BELTRÁN DE HEREDIA, F.: «Sistema arbitral, dificultad de ejecución de laudos y turno de asesoramiento de las asociaciones en la Junta Arbitral», *Comunicaciones al I Congreso Europeo de Consumidores*, noviembre de 2004, Burgos.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002.
- MORALES MORENO, A. M.: «Publicidad registral y datos de hecho», *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 2000.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral», en *Revista Jurídica Catalana*, núm. 3, 1991, pp. 117 y siguientes.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, colección «Ley de Enjuiciamiento Civil 2000», Madrid, 2000.
- OTERO LASTRES, J. M.: «El derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva», *Abogados* (Madrid), febrero 2007, pp. 52-55.
- PARDO NÚÑEZ, C. R.: «La eficacia de la anotación preventiva de demanda, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares. Consejo General del Poder Judicial*, 1993, pp. 113-172.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980.
- REINER, A.: «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI», *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 853-904.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, Tomo III. 6ª Edición.
- SARTORI, J. A.: *El debido concepto de lo cautelar*, ponencia del X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Argentina, 2008.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social», *Anuario de Derecho Civil*, t. LVIII, fasc. IV, octubre-diciembre de 2005, pp. 1509-1574.
- VERDERA Y TUELLS, E.: «La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación», Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, 2005, pp. 92 y ss.
- YÁÑEZ VELASCO, R. (COORD.): *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, pp. 45 y ss.



# CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

## Participan en esta crónica

Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo Amayuelas, Alejandra de Lama Aymà, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Raquel Guillén, Cristina González Beilfuss, Beatriz Gregoraci Fernández, Cédric Montfort, Sergio Nasarre Aznar, Jordi Nieva Fenoll, Leire Mugueta García, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

**SUMARIO:** PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: «Messner» o acerca del uso del bien y el ejercicio de la facultad de desistimiento. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009 (Asunto C-489/07) (Lidia Arnau Raventós).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO: Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo Amayuelas), Francia (Cédric Montfort), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas).–II. Derecho procesal en la Unión europea (Jordi Nieva Fenoll).–III. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo Amayuelas).–IV. Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar).–V. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss).–VI. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà).–VII. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans).–VIII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Leire Mugueta-García). JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES. Research Group on the existing EC Private Law (Acquis Group): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, München, 2009, 518 pp. (Beatriz Gregoraci Fernández). Fiorentini, Francesca, *Le garanzie immobiliari in Europa*, Berna (Suiza), 2009, Stämpfli Editore SA Berna y Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. 635 pp. (Sergio Nasarre Aznar). Gerald Mäsch – Denis Mazeaud – Reiner Schulze (ed.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, München, Sellier, 2009, 111 pp. (Esther Arroyo Amayuelas). Orduña Moreno, Francisco Javier – De la Puente Alfaro, Fernando (dirs.), *Los sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizu Menor, 2009 (Raquel Guillén). Jürgen Basedow – Klaus Hopt – Reinhard Zimmermann (Hrgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, II Bände, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009 (Esther Arroyo Amayuelas).

## Presentación

Esta tridécima crónica se cierra el 15 de noviembre de 2010. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

«Messfner» o acerca del uso del bien y el ejercicio de la Facultad de desistimiento. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2009 (Asunto C-489/07)

LIDIA ARNAU RAVENTÓS \*

1. EL LITIGIO PRINCIPAL, LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL. OBSERVACIONES PRELIMINARES

La Sra. Messner adquirió de Stefan Krüger, empresa dedicada a la venta a través de Internet, un ordenador portátil por un precio de 278 euros. En las condiciones generales del contrato, constaba de forma expresa la obligación que asumía el comprador, para el caso de desistimiento, de indemnizar al vendedor por el desgaste que hubiera sufrido la mercancía entregada debido a su uso normal. Transcurridos unos meses desde la compra, la Sra. Messner detecta unos defectos en la pantalla del ordenador y decide hacer uso de la facultad de desistir del contrato, que ejerce dentro de plazo. Stefan Krüger se opone a la pretensión de la compradora alegando que, en todo caso, le es debida una cantidad equivalente a los ocho meses de uso del portátil y cuyo importe asciende a 316,80 euros. Así las cosas, el Amtsgericht Lahr (Alemania) decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. Se pregunta si es conforme con el derecho comunitario y, en particular, con la Directiva 97/7, una normativa nacional que permite al profesional, y para el caso de desistimiento, exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien entregado. La cuestión, en concreto, se formula a propósito del art.6, apartados 1.º (1.º párrafo *in fine*) y 2.º Dir. 97/7, que redundan en la idea de que sólo cabe imputar al consumidor el coste directo de devolución de las mercancías.

El Tribunal de Justicia, mediante Sentencia de 3 de septiembre de 2009, resuelve la cuestión. Recurre a una suerte de regla general, que conocería excepción, si bien, matizada. Sería aquélla que no es conforme con el derecho comunitario una normativa nacional que imponga *con carácter general* (léase, «sin más»), a cargo del consumidor que desiste, una indemnización

---

\* Profesora agregada de Derecho civil UB. Este comentario forma parte del Proyecto DER2008-03992/JUR1 y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de Investigación consolidado 2009 SGR 221, cuyo investigador principal es el Prof. Ferran Badosa Coll.

por el uso del bien adquirido en virtud de un contrato a distancia. Por el contrario, habría conformidad si la obligación de indemnizar se limitase a supuestos de uso contrario a principios como el de buena fe o implicara enriquecimiento injusto. En estos casos, sin embargo, aquella indemnización deberá resultar equitativa y en ningún caso comprometer la eficacia del propio derecho de desistimiento (así, por causa de la manera en qué llegara a determinarse su devengo o exigibilidad...). La argumentación del Tribunal, lejos de diluirse en una simple (y fácil) lectura *a contrario* del art. 6.1 y 2 Dir. 97/7, se asienta en una interpretación teleológica o finalista del propio art.6 en tanto atribuye al consumidor la facultad de desistir del contrato a distancia. De lo que se trata es, en definitiva, de garantizar su efectividad (de este modo, justificado su reconocimiento en la circunstancia de no haber tenido «... la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio ...» –Considerando 14.º Dir. 97/7–, resulta que «... En la medida en que el derecho de rescisión tiene precisamente por objeto conceder esta posibilidad al consumidor, el hecho de haber recurrido a ella no puede tener como consecuencia que el consumidor sólo pueda ejercer dicho derecho si abona una indemnización» –Sentencia, párrafo 24.º–).

Siendo ello así, interesa avanzar tres aspectos. Se alude a ellos en la descripción que la propia Sentencia hace del litigio principal, si bien no trascienden a la cuestión prejudicial ni, en consecuencia, se consideran por el Tribunal al darle respuesta. El primero es el plazo. La Sra. Messner desiste eficazmente transcurrido el plazo (ordinario) para desistir (Sentencia párrafo 13.º *in fine*). Según se explica, no había sido informada adecuadamente acerca de su derecho y, de ahí, la prolongación del plazo para ejercerlo. Ciertamente el Tribunal resuelve la cuestión presupuesto un ejercicio tempestivo de la facultad de desistimiento («dentro de plazo», véase Fallo, 1.º párrafo final)<sup>1</sup>, y cierto es también que tan tempestivo es el que se produce en plazo ordinario como el que se ejercita dentro del extraordinario. Con todo, se intuye de inmediato que no procede valorar del mismo modo, y a efectos de su posible restitución al profesional, el uso de quien ha sido informado puntual y suficientemente de la facultad de desistir y de sus consecuencias, y el uso de quien, desconociéndolas al contratar, llega a saber de ellas tras la celebración del contrato. El segundo aspecto es el concepto «indemnizable». Se alude inicialmente a una condición general relativa a la indemnización por el «desgaste» debido al uso normal de la mercancía (Sentencia, párrafo 11.º). Sin embargo, tanto la reclamación que Stegan Krüger dirige a la Sra. Messner cuanto la propia cuestión prejudicial se refieren, simplemente, al «uso». No todo uso implica desgaste (piénsese, sin ir más lejos, en el propio desgaste –inapreciable, si no inexistente– que puede tener un ordenador portátil por utilizarse durante unas semanas). En cualquier caso, interesa distinguir la causa (el uso) del efecto (el desgaste; véase § 346.2,3 BGB –reproducido en la Sentencia–, relativo también al deterioro o desaparición del producto). En la misma medida, interesa avanzar que, a propósito de uno u otros, el crédito del profesional será restitutorio y no necesariamente indemnizatorio. El tercer y último aspecto concierne al precio. Tampoco trasciende a la cuestión prejudicial la circunstancia de su pago. En este sentido, se deduce de la propia Sentencia y, en particular, de la reclamación que la Sra. Messner dirige al vendedor (véase, párrafo. 14.º), que fue satisfecho puntual e

<sup>1</sup> Cosa que, por lo demás, no podía suceder de otro modo. Y no sólo porque la cuestión se plantea para el caso de ejercicio «dentro de plazo» (véase, Sentencia párrafo 17.º), sino porque, y sobre todo, un ejercicio fuera de plazo determina la ineficacia del desistimiento.

íntegramente. El interés de la cuestión residiría en la posibilidad de valorar también la restituibilidad o no de su valor de uso y, en su caso, la compensación de éste con el del producto.

Visto lo anterior, planteada la cuestión en el ámbito de la contratación a distancia y centrada en la restitución del uso que el consumidor haya podido dar al bien *antes de desistir dentro de plazo*, se propone analizar de qué forma se contempla la cuestión en el resto del acervo comunitario, apuntar algunas de las consecuencias que podrían seguirse del razonamiento esgrimido por el Tribunal y, en fin, abordar un análisis de todo ello desde la perspectiva del derecho español.

## 2. ¿CUÁNTO CUESTA DESISTIR?

En el perfil comúnmente asociado a la facultad de desistimiento destacan su unilateralidad, en tanto que facultad reconocida sólo a una de la partes contratantes; su naturaleza *ad nutum*, indicativa de que su ejercicio no requiere ni siquiera la alegación de causa, y la falta de penalización al consumidor en caso de desistir<sup>2</sup>. Salvada la unilateralidad, las Directivas dictadas a propósito de determinadas modalidades de contratación de bienes o productos, o de la contratación de determinados bienes o productos (sea cual fuere el modo en qué se hubieren contratado) no siempre explicitan del mismo modo aquellas condiciones de ejercicio<sup>3</sup>. En su caso, la falta de penalidad o de coste inherente al propio ejercicio de la facultad de desistimiento cabe deducirlo, *a contrario*, de las disposiciones que limitan los costes que pueden imponerse al consumidor a *sólo* algunos de los que resultan de la devolución o restitución de las prestaciones satisfechas.

<sup>2</sup> La STJCE, de 22 de abril de 1999, Asunto Travel Vac (párrafo 57.º) sugiere un acercamiento entre la facultad de desistimiento y el incumplimiento del contrato. Se trataría, sin embargo, de un incumplimiento «permitido» legalmente y, de ahí, excusado de toda indemnización («A este respecto debe recordarse que el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 85/577 dispone que en caso de renuncia, el consumidor quedará liberado de toda obligación que resulte del contrato rescindido. De lo anterior se deduce que tras la resolución del contrato, desaparece la obligación del consumidor de pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento del contrato»). Esta aproximación no se estima correcta. El desistimiento, lejos de tratarse de un supuesto de incumplimiento (y frente al que, por cierto, el profesional –que no se vería también liberado de sus propias obligaciones– no podría reaccionar pretendiendo precisamente el cumplimiento), es una causa extintiva del contrato. No se extinguen sólo las obligaciones asumidas por el consumidor, sino también las asumidas por el profesional. La unilateralidad del art. 5.2 Dir. 85/577 se corrige en el art. 15 («extinguirá las obligaciones de las partes») de la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores (en adelante PDDC) (véase, también, art. 5:105 (1) ACQP y 5:105 (1) CFR; art. 8.1 Directiva 2008/122, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio).

<sup>3</sup> El presente comentario se limita a la contratación de bienes y, en concreto, a la tendente a la transmisión de su propiedad. Por el contrario, en el ámbito de la contratación de servicios, carece de sentido plantearse si más allá de la restitución del servicio prestado (así, abonando su valor), cabe pretender, además, la restitución de su uso (por el contrario, con flagrante impropiedad, se refieren al «uso del servicio», los arts. 74.2 y 79, párrafo 2.º, del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Véase, por lo demás, el art. 14.3.b Directiva 2008/48, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y el art. 8.2 Directiva 2008/122.

La Dir. 85/577 no se refiere ni al carácter *ad nutum* del «derecho a rescindir» el contrato (art. 4) ni excluye, al menos expresamente, la imposición de penalidad al consumidor<sup>4</sup>. De hecho, las «modalidades», «condiciones», y «efectos jurídicos» de la renuncia se dejan, en cuanto a su determinación, al derecho interno. Con todo, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 22 de abril de 1999 (asunto Travel Vac) limitó el ámbito de actuación del derecho interno a la obligación restitutoria, declarando la no conformidad con el derecho comunitario de todo contrato que contenga –y, por tanto, de toda legislación nacional que permita– «(...) una cláusula por la que se (imponga) al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia (...)»<sup>5</sup>.

El ejercicio «sin penalización alguna» y «sin indicación de los motivos» del derecho a desistir de un contrato a distancia se reconoce en el art. 6.1 Dir. 97/7, que contempla, a su vez, la posibilidad de imponer al consumidor el coste directo de devolución de las mercancías<sup>6, 7</sup>. El art. 6.2 Dir. 97/7, desde una perspectiva injustificadamente unilateral, recoge la obligación de restituir al consumidor las sumas abonadas sin retención de gastos.

El régimen de una y otra modalidad de contratación se unifican, en este particular, en la PDDC. El art. 12.1 exime al consumidor de toda alegación de motivos («... sin indicar el motivo ...»). La falta de penalización por el solo hecho de desistir resultaría del art. 14 que, a propósito del ejercicio de la facultad de desistimiento, no contempla el pago de cantidad alguna ni como requisito o condición de eficacia del propio desistimiento, ni como uno de sus efectos. Por su parte, la obligación de restitución recíproca de las prestaciones satisfechas (art. 12.4) se colige de los artículos 16 y 17. El art. 17.1, 2.º párrafo, parafrasea el art. 6.1 de la Dir. 97/7 y recoge, con carácter dispositivo, la asunción por el consumidor de los costes directos de devolución de los bienes<sup>8</sup>. El art. 17.2 alude a la responsabilidad del consumidor por la depreciación de los bienes, incorporando dos reglas sobre el particular: la limitación de dicha responsabilidad («sólo será responsable») a los supuestos

<sup>4</sup> Algo más sí decía la correspondiente Propuesta de Directiva (COM (76) 544). El art. 8 contaba con un apartado 2, a cuyo tenor: «Le consommateur n'est pas tenu de verser une indemnité pour l'usage normal de la marchandise pendant le délai visé à l'article 6». En su comentario al precepto, sin embargo, el Consejo matizaba que: «La disposition n'exclut toutefois pas le droit du commerçant de demander une compensation lorsque le bien a été endommagé ou totalement consommé ...». Y el art. 11 prohibía pactar indemnizaciones a cargo del consumidor («Les dispositions contractuelles prévoyant: a) unes indemnité quelconque à la charge du consommateur au cas où celui-ci exercerait son droit de révocation ... sont nulles»). Y ello con la finalidad de «... assurer que le consommateur ne soit pas dissuadé d'exercer son droit de révocation par l'obligation de verser au commerçant un certain montant en numéraire».

<sup>5</sup> Acerca del alcance de la obligación de restitución, véanse las SsTJUE, de 25 de octubre de 2005, Wolfgang Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG (asunto C-350/03) y de 15 de abril de 2010, E. Friz GmbH v. Carsten von der Heyden (asunto C-215/08).

<sup>6</sup> En cuanto al coste de su entrega, el art. 6.2 Dir. 97/7 impone su abono al consumidor en caso de haberse sufragado previamente por éste. Véase STJUE, de 15 de abril de 2010, Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. (Asunto C-511/08).

<sup>7</sup> Cuestión distinta será la imposición de unos costes de devolución exorbitantes con los que el empresario pretenda compensar su pérdida de beneficios, encubriendo así una penalización para el caso de desistir.

<sup>8</sup> Véase, para una aproximación a este régimen, MARTIN, Ebers, «De la armonización mínima a la armonización plena», InDret, 2/2010, p. 20.

de «manipulación distinta a la necesaria para comprobar la naturaleza y el funcionamiento de los bienes» y la exoneración de responsabilidad por «la disminución de valor» en caso de falta del comerciante a su deber de información. Siendo ello así: 1.<sup>o</sup>) La primera regla permite concluir que se exonera de responsabilidad al consumidor por aquella disminución de valor que obedezca a la verificación de que lo entregado o recibido es lo comprado, y a la comprobación de su naturaleza; con mayor razón, aquella exoneración alcanzará a la disminución de valor independiente de todo uso <sup>9</sup>. <sup>10</sup>. ¿Excluye el precepto la reclamación al consumidor por un concepto distinto al de depreciación? El «sólo será responsable» ¿implica (y, especialmente, a la luz de la armonización plena *ex art. 4* <sup>11</sup>) que el legislador nacional no puede dictar normas distintas a las propuestas en materia de depreciación del bien? O, yendo mucho más allá, ¿que no sería conforme con el derecho comunitario establecer a cargo del consumidor responsabilidad *por otro concepto*, así, por ejemplo, por desgaste, por deterioro... <sup>12</sup>? En particular, la cuestión del simple uso y su restitución no encuentra una respuesta clara. ¿*Quid* si ha excedido del baremo previsto en el art. 17.2 mas sin disminuir el valor del bien? La pregunta cobra sentido también a la luz del art. 5:105 (2) ACQP <sup>13</sup>. Más allá de la responsabilidad por daños (de la que se exonera al consumidor «que haya procedido con el debido cuidado» <sup>14</sup>), el precepto regula la que sigue a la depreciación del bien. La cuestión se aborda al amparo de dos reglas: a tenor de la primera «tampoco responde por la pérdida de valor de los bienes recibidos que sea consecuencia de su examen y prueba»; por la segun-

<sup>9</sup> Piénsese, por ejemplo, en un automóvil que, por la simple circunstancia de matricularse, ve disminuido su valor en el mercado a pesar de no haber sido usado.

<sup>10</sup> Distintos al bien y a su valor son los embalajes. Si la exoneración de responsabilidad alcanza a la disminución de valor que resulte de la manipulación necesaria para comprobar la naturaleza y funcionamiento del bien, parece de toda lógica concluir que, a fortiori, deberá seguirse el mismo régimen a propósito del deterioro de los embalajes que traigan causa de aquella manipulación (véase, para el derecho interno, art. 9 *b* Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles –en adelante, LVPBM– que si bien alude al deterioro de los embalajes, no lo hace expresamente a efectos de eximir de responsabilidad al consumidor por esta causa, sino a los de negar que ello impida restituir el bien).

<sup>11</sup> Véase, altamente crítico con el grado de armonización previsto, PAISANT, Gilles, «The Full Harmonisation of the Proposal: Legitimacy and Effects», Ponencia pronunciada en el Congreso Internacional «La Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», celebrado en Santiago de Compostela, los días 27 y 28 de mayo de 2010 y organizado por el Departamento de Derecho común de la Facultad de Derecho de la USC. Se sugiere una reconducción hacia la una armonización plena pero limitada sólo a determinados aspectos en el Working Document on the Proposal for a directive on a Consumer Rights, emitido por el Comité de Mercado Interior y Protección de los Consumidores del Parlamento Europeo» (accesible en [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009.../documents/.../dt/807/.../372EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009.../documents/.../dt/807/.../372EN.pdf)) (véase p. 4 y p. 16 del *Draft Report*) (en adelante, Documento de Trabajo Schwab).

<sup>12</sup> La cuestión se plantea con más afán teórico que práctico toda vez que en la mayoría de ocasiones el desgaste o deterioro se traducirán en una disminución de valor del bien. En cuanto a una posible responsabilidad por pérdida, la cuestión deberá valorarse, no tanto desde la perspectiva de la responsabilidad de que aquí se trata, sino desde la de la obligación de restitución prevista en el art. 17.1 *in fine*. Contempla el caso de pérdida, destrucción o daño, el art. 5:105 (3) (b) DCFR.

<sup>13</sup> Utilizamos la traducción castellana de Esther ARROYO AMAYUELAS publicada en este mismo Anuario (véase, tomo LXI, 2008, fasc. I, pp. 219 y ss.).

<sup>14</sup> Acerca del concepto «debido cuidado», véase MØGELVANG-HANSEN, Peter, TERRY, Evelyne, SCHULZE, Reiner, comentario al art. 5:105 ACQP, en *Research Group on the Existing ec Private Law, Principles of the Existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, 2007, p. 185.

da «es responsable de la pérdida de valor que resulta de su uso normal, salvo que la parte no haya sido adecuadamente advertida sobre su derecho de desistimiento». La primera coincide, en esencia, con la primera de las reglas del art. 17.1 de la Propuesta, si bien con una sutil diferencia: mientras en este último se explicita la finalidad del uso no causante de responsabilidad («comprobar la naturaleza y el funcionamiento de los bienes»), la primera de las reglas ACQP alude sólo a la intensidad o el grado del uso (así, al resultante del «examen y prueba» de los bienes). Con todo, ambas disposiciones acaban prácticamente coincidiendo desde el momento en que, en el art. 17.1 de la Propuesta, se reduce la intensidad de la manipulación no causante de responsabilidad a la «necesaria».

2.º) La segunda de las reglas *ex art. 17.2 PDDC* no distingue según sea la causa de la depreciación; de ello, y de una interpretación *a contrario* de la primera, se seguiría que, efectivamente, la exoneración podría alcanzar a toda disminución de valor sea cual fuere su causa. ¿Abarcaría, sin embargo, la depreciación resultante, no sólo de una manipulación distinta a la necesaria, sino de aquélla en la que ni siquiera se hubiere observado la diligencia empleada en los asuntos propios? ¿Se aplicaría también en caso de haberse manipulado el bien de forma no conforme con su destino <sup>15</sup>? También la segunda de las reglas de los ACQP resulta un tanto confusa. Contrapone –sin que realmente exista contradicción alguna– la pérdida de valor que resulte del «examen y prueba» y la que derive del «uso normal». El examen y prueba también deben verificarse haciendo un uso normal del bien, en el sentido de uso conforme a su naturaleza y finalidad. El examen o prueba serían sólo grados de aquel uso *adecuado*. Si el sentido de la norma es declarar la responsabilidad del consumidor por el uso normal entendido como *el que conforme a su destino, se realiza sin límite en cuanto a su intensidad* (así, el que no se limita a la prueba o examen del bien), la redacción podría haber sido otra. Y ello no sólo por lo anterior, sino porque, *a contrario*, permite deducir –cosa que escapa de toda lógica– la falta de responsabilidad del consumidor por la depreciación resultante del uso *anormal* del bien <sup>16, 17</sup>. Desde esta perspectiva, la redacción del art. 17.1 PDDC parece más acertada: la alusión a toda «manipulación distinta a la necesaria» para el examen y prueba del bien, incluye tanto la que, siendo una manipulación *normal*, excede de aquel uso *necesario*, cuanto la *anormal*. En cualquier caso, optar por una u otra redacción puede influir decisivamente en la responsabilidad exigible al consumidor que no ha sido informado de su derecho de desistimiento. Ya se ha visto cómo una interpretación literal del art. 17.1 PDDC podría exonerarle de responsabilidad por toda depreciación del bien; al amparo del art. 5:104 (2) ACQP aquella exoneración alcanzaría sólo a la disminución de valor por el uso que, siendo normal, excediera del simple examen o prueba <sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Acerca del modelo de diligencia *quam suis*, véase BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 144 y ss.

<sup>16</sup> Acerca de la responsabilidad por deterioros exigible al consumidor no informado, véase MØGELVANG-HANSEN, TERRY, SCHULZE, ob. cit., p. 185.

<sup>17</sup> Las dos reglas que, relativas a la responsabilidad por disminución de valor del bien, incorpora el art. 5:105 (2) ACQP aparecen, también, aunque en orden inverso, en el § 357.3 BGB (reproducido en el párrafo 8.º de la Sentencia Messner).

<sup>18</sup> A propósito de la garantía legal de la conformidad del producto con el contrato, en el Considerando 41.º PDDC se anticipa que el consumidor «no debe compensar al comerciante por el uso de los bienes defectuosos». Esta declaración, sin embargo, no se recoge en el texto articulado.

### 3. EL FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO, EL USO Y SU RESTITUIBILIDAD

Si la facultad de desistimiento concedida al consumidor en la modalidad de contratación a distancia se justifica por haber carecido de «la posibilidad real de ver el producto ... antes de la celebración del contrato» (Considerando 14.º Dir. 97/7), resulta de toda lógica que no asuma responsabilidad alguna por el uso que obedezca a su examen y prueba. En esencia, ésta sería la respuesta del Tribunal a la cuestión prejudicial de la que trae causa la Sentencia Messner. Esta suerte de ligamen entre el fundamento de la facultad de desistimiento y el alcance del uso en ningún caso restituible, suscita una reflexión previa y permite plantear dos cuestiones <sup>19</sup>.

En cuanto a lo primero, apuntada ya la distinción entre el uso, como causa, y sus posibles efectos respecto del producto usado (desgaste, deterioro, depreciación...), resulta que del razonamiento esgrimido por el Tribunal (que, recordemos, se limita al simple uso) se seguiría también la falta de conformidad con el derecho comunitario de aquella normativa interna que permitiera, en general, imponer al consumidor una indemnización por alguno de aquellos conceptos siempre que su origen se hallara en el uso «necesario para permitirle ejercer útilmente su derecho de rescisión» (Sentencia, párrafo 27.º). Se diría, de otro modo, que descartada una responsabilidad general por la causa, se descarta también por los efectos.

En cuanto a lo segundo, la primera de la cuestiones que suscita la respuesta del Tribunal se plantearía en el intento de hacer lo propio a propósito de otras modalidades de contratación; la segunda, presupuesto que el fundamento de la facultad de desistimiento justifica el uso, sería la relativa al alcance del uso justificado y, en otro caso, el fundamento de su restituibilidad.

#### 3.1 La utilidad del uso en la contratación fuera de establecimiento mercantil

¿El fundamento de la facultad de desistimiento reconocida al consumidor en la contratación fuera de establecimiento mercantil justifica también el uso? La razón primera de su atribución no obedece, como en la modalidad de contratación a distancia, a la voluntad de conceder al consumidor «la posibilidad real de ver el producto» antes de celebrarse el contrato, sino que descansa en el «elemento de sorpresa» característico de la contratación *door-to-door* (Considerando 4.º Dir. 85/577). Ello se afirma, obviamente, sin perjuicio de que, en el caso particular, la facultad de desistimiento pueda servir también a la finalidad de verificar la naturaleza y funcionamiento del producto (así, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la contratación fuera de establecimiento se haya realizado sobre la base de un catálogo). Y

---

<sup>19</sup> El ejercicio *ad nutum* de la facultad de desistimiento sugiere pensar que su fundamento resulta irrelevante. Así, en el contexto de la Dir. 85/577, no se requiere prueba, ni siquiera alegación, de la presión padecida por el profesional; en el contexto de la Dir. 97/7, su ejercicio tampoco exigir probar, ni siquiera alegar, que efectivamente se ha probado el bien pero que no gusta o no funciona... Con todo, en el trabajo que publicamos en este mismo fascículo (véase «El plazo para desistir en los contratos con consumidores»), se alcanza a ver de qué modo el fundamento de la facultad de desistimiento influye en el cómputo de su plazo de ejercicio. Se trataría, ahora, de derivar de él otra consecuencia en sede de liquidación de la relación contractual.

ello, del mismo modo que en este último supuesto y, en general, en el ámbito de la contratación a distancia, la facultad de desistimiento sirva también a los fines de verificar la conformidad del producto con el contrato. En este sentido, la propia Sentencia Messner es un claro ejemplo de cómo el ejercicio de la facultad de desistimiento puede tener como razón última una falta de conformidad (véase, párrafo 12.º de la Sentencia) y de qué modo supera, o esquivada, el régimen de esta última. Así, de atenerse al elenco y jerarquía de remedios que establece la Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo, la extinción del contrato por resolución sólo podría alcanzarse en caso de falta de conformidad «importante» (art. 3.6) y una vez descartados los remedios preferentes (art. 3.3 y 5). Por el contrario, desistiéndose (y, además, haciéndolo *ad nutum*), se extingue el contrato sin más. Pues bien, en la medida en que resulta poco riguroso identificar la facultad de desistimiento como una garantía más en caso de falta de conformidad, tampoco es acertado trasladar a la facultad de desistimiento en los supuestos de contratación fuera de establecimiento mercantil sin entrega inmediata del producto el fundamento que asiste a esa misma facultad en sede de contratación a distancia. Siendo ello así, se diría que en el ámbito de la Dir. 85/577, y atendido su fundamento, el derecho de desistir no precisa, para su ejercicio útil, del uso de la cosa. El llamado *cooling-off period* o periodo de enfriamiento se atribuye para reflexionar acerca del consentimiento prestado supuestamente bajo presión; no, en cambio, para verificar que lo entregado se corresponde con lo comprado y su correcto funcionamiento<sup>20</sup>. Desde esta perspectiva, no cabría transpolar a la contratación fuera de establecimiento mercantil el razonamiento vertido en la Sentencia Messner ni, en consecuencia, afirmar sin más la falta de conformidad con el derecho comunitario de una normativa nacional que permitiera, con carácter general, reclamar al consumidor una indemnización por el uso del bien adquirido. Pero si esto último es lo que se colige de la vinculación entre el fundamento de la facultad de desistir y el alcance del uso irrestituible, otra cosa es lo que enseñan los antecedentes de la propia Dir. 85/577 y otra aún más distinta es la que resulta de la PDDC. El texto de la Propuesta de Directiva en materia de contratos fuera de establecimiento mercantil llegaba a descartar toda indemnización por el «uso normal» del producto. Y ya se ha visto de qué modo el art. 17.2 PDDC unifica el régimen de las obligaciones del consumidor en caso de desistimiento de un contrato fuera de establecimiento mercantil o a distancia, declarándose, en ambos casos, la no responsabilidad del consumidor por la depreciación debida al uso necesario «para comprobar la naturaleza y el funcionamiento de los bienes». Ciertamente es que este punto la primera de las Propuestas no pasó, en este particular, al texto definitivo y que, hoy por hoy, la segunda es sólo una Propuesta.

<sup>20</sup> En el contexto de la Dir. 97/7, y a propósito de la contratación de servicios, el fundamento de la facultad de desistimiento resulta dudoso. En su caso, se acercaría más al que da razón de su reconocimiento en los contratos (sobre bienes o servicios) fuera de establecimiento mercantil, que al que se asocia a la contratación a distancia de bienes. En este sentido, resulta más fácil ver en él un mecanismo de protección del consentimiento prestado (aunque en el contrato a distancia no hay presión alguna o, en su caso, es más llevadera), que un instrumento con el que facilitar el examen de lo adquirido. En este sentido, pese a la equiparación que resulta del Considerando 14.º Dir. 97/7 a efectos de fundamentación, los servicios no permiten prueba (art. 17.2 a contrario PDDC). Es más, el inicio consentido e informado de su ejecución priva al consumidor de su facultad de desistimiento (art. 19.1 a y, acerca de la naturaleza dispositiva de la norma, art. 19.3 PDDC).

### 3.2 Del uso *útil* ... al uso sólo *necesario*

La razón por la que cobra sentido reconocer al consumidor la facultad de desistimiento tiene, a propósito del uso del producto, una segunda función: así, la de determinar los límites del uso *útil* al propio derecho de desistimiento. La falta de restitución de este uso «limitado» se justifica en la Sentencia Messner atendiendo a la propia eficacia de la facultad de desistimiento (se trata, en fin, de que el derecho sea «más que teórico»; arg. *ex* Considerando 14.º Dir. 97/7). Desde otra perspectiva, se diría que se trata de un provecho adquirido por el consumidor, siendo en tal medida justa dicha adquisición como justificada su «pérdida» por el profesional; de ahí, la falta de restitución <sup>21</sup>.

El Tribunal concreta la «posibilidad real de *ver*» el producto (Considerando 14.º Dir. 97/7), en la sola facultad de examinarlo y probarlo (véase, párrafo 20.º *in fine* y 24.º Sentencia Messner). Así, el uso *útil* a la facultad de desistimiento es el uso necesario a los fines de examen y prueba (párrafos 25.º y 27.º *in fine* Sentencia Messner). Las ideas de «necesidad» y «utilidad» llegan a la PDDC: la de «necesidad» lo hace expresamente [«El consumidor sólo será responsable ... de una manipulación distinta a la necesaria (...)»]; la de «utilidad» a partir, no de la actividad (así, examinar o probar), sino de la finalidad del uso («... para comprobar la naturaleza o funcionamiento de los bienes...»). Pero si el uso necesario para verificar aquella naturaleza (en fin, para comprobar que lo recibido coincide con la prestación debida) no ofrece mayores problemas, el necesario para verificar su funcionamiento sí puede suscitar algunos, especialmente a propósito del alcance de la prueba <sup>22</sup>. La propia PDDC proporciona una línea de interpretación al afirmar que «para comprobar la naturaleza y funcionamiento de un bien, el consumidor sólo debe realizar las mismas manipulaciones y los mismos ensayos que se admitirían en un establecimiento mercantil» <sup>23</sup>. Por lo demás, de la propia Sentencia Messner se sigue que el uso que acaba con el examen y prueba del producto es un uso compatible con el principio de buena fe (véase, Considerando 22.º Documento de Trabajo Schwab sobre la PDDC). A propósito de esto último, quedaría por ver si pese a limi-

<sup>21</sup> De hecho, en un contrato con facultad de desistimiento, igual que en un contrato impugnado, lo adquirido en su virtud deviene enriquecimiento justo, del mismo modo que se tiene por justificada su pérdida por quien transmite. Ocurre que al extinguirse el contrato desaparecen retroactivamente aquella justicia y aquella justificación, y se impone la obligación de restituir las prestaciones satisfechas. El uso al que se alude en el texto escaparía de esta desaparición sobrevenida (acerca de la relación enriquecimiento/empobrecimiento—justicia/justificación, véase BADOSA COLL, Ferran, «L'enriquiment injustificat», Ponencia a las XVI Jornadas de Derecho civil catalán en Tossa de Mar, Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts de les obligacions al Codi civil de Catalunya, celebradas en Tossa de Mar, el 23 y 24 de septiembre de 2010).

<sup>22</sup> ¿Qué manipulación es la estrictamente necesaria para verificar que un ordenador funciona? ¿Basta, simplemente, con conectarlo y abrir, por unos instantes, algunos de los programas instalados? ¿No implicaría también sólo probar el mantenerlo conectado durante unos días a fin de verificar que el ventilador funciona, que la batería se carga, que se efectúan adecuadamente las copias de seguridad...?

<sup>23</sup> Y sigue: «... Por ejemplo, el consumidor podría probarse una prenda, pero no estaría autorizado a llevarla puesta...» (Considerando 31.º PDDC). ¿Significa esto, por ejemplo, que en caso de productos cuyo funcionamiento implica la ejecución de un proceso (léase, una lavadora, una secadora, un lavavajillas...) no podrán probarse habida cuenta que una prueba de estas características tampoco se admitiría en un establecimiento?

tarse al examen y prueba del producto, su uso puede vulnerar las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos. Sería el caso, por ejemplo, del consumidor que firme en su decisión de desistir del contrato incluso antes de recibir el producto, espera a su recepción y manipulación por pura curiosidad, por desidia...<sup>24, 25</sup>.

En cualquier caso, el uso extralimitado o innecesario a la luz del eficaz ejercicio de la facultad de desistimiento, puede acarrear el «pago de una indemnización». De la Sentencia Messer resulta: primero, la impropiedad del término «indemnización» asociado al simple uso entendido como provecho pero no necesariamente como daño<sup>26</sup>. Segundo, la remisión a los principios de buena fe y del enriquecimiento injusto a efectos de valorar la restituibilidad o no del uso<sup>27</sup>. La norma nacional no podrá, en ningún caso, ordenar aquella restitución en caso de simple examen y prueba, precisamente por no vulnerarse el principio de buena fe –sería ésta la protección mínima dispensada por la Dir. 97/7 en este particular–. Siendo ello así, nada obstaría a que la norma interna excusara de responsabilidad más allá de aquella intensidad (mínima) de uso o, incluso, que la excusara en todo caso. Cabría esto último en la medida en que de la Sentencia Messner (y, antes aún, de la propia Dir. 97/7) no deriva la necesaria restitución del uso contrario a la buena fe o constitutivo de enriquecimiento sin causa sino, sólo, la incompatibilidad de la norma nacional que la prevea para el caso de uso necesario a la facultad de desistimiento.

<sup>24</sup> El supuesto, que se caracterizaría por su dificultad probatoria (¿cómo probar cuándo se tomó la firme decisión de desistir?), sería exponente de una decisión pésima por parte del consumidor. Pudiendo desistir sin coste alguno, tras la recepción del producto se verá seguramente abocado a costear su devolución.

<sup>25</sup> Y cabría sugerir, incluso, un supuesto de uso distinto a la mera prueba o ensayo, compatible con el principio de buena fe, no constitutivo de enriquecimiento injusto y en ningún caso restituible. Sería el uso conservativo que, en tanto se contemplara un plazo para devolver el producto una vez se hubiere desistido, podría prolongarse más allá de la extinción del propio contrato por desistimiento (véase, aludiendo sólo a la devolución a realizar «lo antes posible» de las sumas abonadas por el consumidor, art. 6.2 *in fine* Dir. 97/7; art. 17.1 PDDC que concede al consumidor un plazo de catorce días a contar desde la comunicación del desistimiento a fin de devolver la mercancía).

<sup>26</sup> Véase CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos (II)», *Anuario de Derecho civil*, 1988, p. 65. El autor distingue entre el uso como simple provecho o ventaja patrimonial y el uso como daño indemnizable. A propósito de este último, distingue entre el uso como daño-lucro cesante («... la primera forma en la que el uso puede aparecer como partida contable del *id quod interest* consiste en que el uso directo del tercero conlleve un lucro cesante. La reclamación se hará en función del daño y no del provecho»), y el uso como daño emergente (en el que cabría incluir «todo gasto que el dueño haya tenido que hacer para disponer de un uso sustitutivo») (véase, sin embargo, calificando como créditos «indemnizatorios», algunos que realmente son restitutorios, art. 42.1, 2.º párrafo Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista –en adelante, LOCM–; art. 10.1a LVPBM; arts. 79 RDL 1/2007). Cuestión distinta será la de calificar como contractual o extracontractual el crédito indemnizatorio que realmente sea tal.

<sup>27</sup> La Sentencia impone también cortapisas al modo en que la norma nacional pueda contemplar aquella restitución (véase párrafo 27.º Sentencia Messner: «... No obstante, esta competencia debe ejercerse respetando la finalidad de dicha Directiva y no puede, en particular, menoscabar la eficacia y efectividad del derecho de rescisión. Éste sería el caso, por ejemplo, si el importe de una indemnización como la evocada en el apartado anterior fuera desproporcionada en relación con el precio de compra del bien en cuestión, o si la normativa nacional impusiera al consumidor la carga de la prueba de que no ha utilizado el bien durante el período de rescisión de un modo que vaya más allá de lo necesario para permitirle ejercer útilmente su derecho de rescisión»).

#### 4. UNA LECTURA DE LA SENTENCIA MESSNER DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho español, a la luz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia, ¿es o no conforme con la Dir. 97/7? En sede de contratación a distancia con consumidores sólo deviene norma especial la que permite exigir al consumidor el coste directo de devolución de la mercancías (art. 101.1 y 73 RDL 1/2007<sup>28, 29</sup>). Para lo demás, rigen las reglas de liquidación de la relación obligatoria de los arts. 73 y ss. RDL 1/2007. A propósito de esto último, resultan de interés dos cuestiones: la primera, acerca de su contenido; la segunda, acerca de su ámbito de aplicación.

##### 4.1 El régimen de liquidación de la relación contractual y el uso: El art. 74 RDL 1/2007

Del art. 74 RDL resulta: que la obligación recíproca de restitución de las prestaciones satisfechas alcanza a «las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos» y «el precio con los intereses» (art. 1.303 CC)<sup>30</sup>; que se exime de responsabilidad al consumidor por la depreciación del producto que obedezca al uso «conforme a lo pactado o a su naturaleza»<sup>31</sup>; que el consumidor puede pretender la restitución de «los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien». En una primera lectura, el art. 74 RDL 1/2007 se muestra no sólo acorde con la respuesta dada por el Tribunal en la Sentencia Messner sino que eleva su nivel de protección; de otro modo, el derecho español no sólo no ordena ni permite reclamar, con carácter general, la restitución del uso sino que la irrestituibilidad alcanza al que excede del simple examen y prueba. Siendo ello así, cabe exponer los argumentos que lo avalan y valorar su razonabilidad.

Ningún precepto contempla, al menos de forma expresa, la necesaria restitución del uso. Descartada su consideración como fruto (y, en consecuen-

<sup>28</sup> Por su parte, el art. 101.2 RDL 1/2007 reitera que el ejercicio de la facultad de desistimiento no puede acarrear penalización para el consumidor, añadiendo, a la declaración general que sobre el particular ya anticipa el art. 68.1, la nulidad de la cláusula por la que se le impusiere alguna.

<sup>29</sup> A tenor del art. 44.5 in fine LOCM, aplicable a la contratación a distancia con compradores-no consumidores, la falta del vendedor a su deber de información permite al consumidor, no sólo disponer de un plazo extraordinario para desistir (literalmente, «resolver»), sino, además, hacerlo sin costes de devolución.

<sup>30</sup> A propósito del principio de simultaneidad (art. 1.308 CC) debería considerarse: primero, la posibilidad de que se haya desistido devolviendo las mercancías (art. 70 RDL 1/2007); segundo, el 76 RDL 1/2007 en la medida en que concede al profesional un plazo máximo de 30 días para la devolución de las cantidades abonadas por el consumidor (de las cuales sólo el precio devengará interés; arg. ex art. 1.303 CC a contrario).

<sup>31</sup> Como puntualiza GARCÍA VICENTE, un pacto sobre el uso sólo cobra sentido en una relación en la que se faculte al consumidor a un uso temporalmente limitado en el tiempo; en otro caso, el uso no se pactará (véase en *La Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*», Aranzadi, Cizur Menor, 1997, p. 208; «Comentario al art. 74», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 866, nota 19).

cia, la posible reclamación de su valor vía art. 74.1 RDL 1/2007)<sup>32</sup>, se atiende a él sólo en la medida en que ha provocado una depreciación del bien. Y de esta disminución de valor sólo responderá el consumidor si lo hubiere usado anormalmente o de forma no conforme «a lo pactado o a su naturaleza»<sup>33</sup>. Luego, en su caso, la responsabilidad será por la depreciación (efecto), no por el simple uso (causa). Y será por el desgaste o deterioro, en el contexto del llamado desistimiento convencional (art. 79, 2.º párrafo RDL 1/2007). En este último supuesto, sin embargo, la exoneración de responsabilidad requiere que el uso se haya limitado a la simple prueba del bien [véase, con una redacción similar, art. 10 LOCM; por el contrario, configurando el uso limitado al «simple examen o prueba» como un requisito para desistir y no sólo como un parámetro del uso (o sus efectos) restituible, véase art. 9.1a LVPBM].

Esta falta de previsión expresa cierra el paso a toda posible reclamación del uso basada en un principio general como el del enriquecimiento injusto. Parece que si la posibilidad de algún reembolso se contempla a la luz de un efecto derivado del uso (léase, aquella disminución de valor) y a partir de determinadas circunstancias (aquel uso *contra natura*), se quiere descartar la reclamación que se base sólo en él (este mismo razonamiento serviría, en el art. 79 RDL 1/2007, para descartar la reclamación basada en el simple uso para probar o examinar, del que no resultara desgaste o deterioro). Por el contrario, si se acudiera al principio general del enriquecimiento injusto a fin de defender la restitución por conceptos o categorías no previstas, debería poder defenderse también el reembolso de los gastos de puro recreo cuando, sin duda, la finalidad del art. 74. 3 RDL 1/2007 es excluirlas del ámbito de lo restituible, a pesar de que puedan acabar enriqueciendo al profesional si su naturaleza no permite retirarlas (arg. *ex art.* 454 CC). ¿Tampoco cabrá reclamación restitutoria en caso de desgaste o deterioro en la medida en que el art. 74 RDL 1/2007 no afronta expresamente la restitución por estos deméritos? En este caso, la solución la proporciona el propio precepto: a pesar de tratarse de categorías distintas, estas últimas implicarán disminución de valor y, desde esta perspectiva, los términos de su restitución sí están previstos<sup>34, 35</sup>.

Y ¿qué decir del principio de buena fe? ¿Podría justificar de algún modo la restitución del uso porque, aún siendo conforme a la naturaleza del bien, va en contra de las exigencias de la buena fe? Sirva el supuesto, ya aludido, del uso al

<sup>32</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos» (I), *Anuario de Derecho civil*, 1987, p. 1084; «Restitución de provechos» (II), *ibid.*, cit. p. 63.

<sup>33</sup> De aprobarse el art. 17 PDDC en su actual redacción y en régimen de armonización plena, deberá modificarse el art. 74 RDL 1/2007 en la línea de limitar el alcance de la depreciación no restituible a la que obedezca al examen y prueba del producto.

<sup>34</sup> La consecuencia de esta lectura es, por ejemplo, que habiéndose usado el lavavajillas conforme a «su naturaleza» (luego, para lavar y secar la vajilla), no cabrá exigir restitución por su depreciación ni, en su caso, por el desgaste provocado por un uso extraordinariamente intenso.

<sup>35</sup> En el contexto del art. 79 RDL 1/2007 ¿cuál será el régimen de restitución de la depreciación que no obedezca a desgaste o deterioro? Supuesto un uso que no implique ni una cosa ni la otra, y sí sólo una disminución de valor, y supuesto que no se haya pactado nada al respecto, las alternativas serían: a) la aplicación del art. 74.2 por razón de la remisión prevista en el párrafo 1.º del art. 79; b) la exoneración de toda responsabilidad por no contemplarse legalmente las consecuencias restitutorias de la depreciación cuando, por el contrario, sí se contemplan las resultantes de desgaste o deterioro; c) en fin, la aplicación del mismo régimen que se prevé para éstos (véase, acercándose a esto último, GARCIA VICENTE, José Ramón, *Comentario...*, cit. p. 880) (acerca de un pacto relativo a las consecuencias de la depreciación del bien, art. 9.1c LVPBM).

que precede la decisión de desistir, pero cuyo ejercicio se demora, precisamente, para poder aprovecharse del uso durante el llamado período de reflexión. La vulneración del principio de buena fe también podría apreciarse, en teoría, desde la óptica del ejercicio, no tanto del derecho a usar el bien, sino de la propia facultad de desistir: así, en aquellos supuestos en los que, pese a desistirse a tiempo, se hace contradiciendo una conducta propia en perjuicio de quien puso su confianza en ella (piénsese en el consumidor que, hasta minutos antes de desistir y de hacerlo en el último momento, enaltece el producto ante el vendedor y se muestra orgulloso de su decisión de compra <sup>36</sup>).

Cabría añadir a todo ello dos últimos argumentos. Sería el primero que cuando el legislador ha querido declarar la restitución del uso en el marco de un régimen de liquidación contractual, así lo ha hecho (véase, art. 10.1 a Ley 28/1998, de 13 de julio, de *Venta a Plazos de Bienes Muebles*, cuyo precedente es el art. 11 de la Ley 50/1965, de 1 de julio). Sería el segundo que, supuesto que el art. 74.2 (y también el art. 79.2.º párrafo RDL 1/2007) contemplan posibles efectos del uso que precede al ejercicio de la facultad de desistir, podría estimarse que la posesión que sigue a aquel ejercicio es de mala fe (en el sentido del art. 433 CC, esto es, por no poder ignorar una «invalidez» que ha provocado el propio consumidor al desistir y sin que ello prejuzgue su legítima resistencia a la devolución al amparo del art. 1.308 CC, si es que es el empresario quien se opone al abono de las cantidades satisfechas). Siendo ello así, y resultando que no se contempla a cargo del poseedor de mala fe la restitución del valor del uso, luego que no será restituible el que el consumidor pueda dar al producto tras haber desistido, carecería de toda lógica abogar por la restituibilidad del uso previo.

Razonada así la falta de crédito restitutorio por razón del uso, sólo quedaría por valorar su razonabilidad a la luz de dos aspectos: el alcance de la obligación restitutoria del profesional cuando se hubiere satisfecho el precio antes de desistir y el alcance de la restitución de los gastos sufragados por el consumidor. En cuanto a lo primero, es común observar que el enriquecimiento por el uso del bien *queda en cualquier caso compensado* por el enriquecimiento por el uso del precio por parte del vendedor o profesional <sup>37</sup> (entendido en ambos casos dicho enriquecimiento, al menos, como enriquecimiento por ahorro de gastos). Baste recordar, sin embargo, que el vendedor sí debe restituir intereses (art. 1.303 CC). Ciertamente, ocurrirá que, siendo estos los legales <sup>38</sup>, resultarán normalmente muy inferiores a los intereses remuneratorios que pudiera llegar a devengar un préstamo por un importe equivalente al precio satisfecho, y con los que cabría identificar su valor de uso. En cuanto a lo segundo, dado que no se restituye el uso, tampoco deberían reembolsarse al consumidor los gastos necesarios *ordinarios* que haya requerido la conservación del producto. El art. 74.3 RDL 1/2007, sin embargo, no distingue.

<sup>36</sup> El supuesto lo sugieren casos como el resuelto, en un ámbito tan distinto como es el sucesorio, por la SAP Barcelona, de 2 de febrero de 2010 (Sección 13.ª; Ponente: D. Fernando Utrillas) (RJC, III, 2010, p. 39 y ss.), en el que la reclamación tardía, pero dentro del plazo de prescripción, se estima contraria a la buena fe cuando «existan hechos, actos o conductas suyos (en este caso, de quién reclama), que engendren, rectamente entendidos, en el obligado, la confianza de que aquellos no se actuarán».

<sup>37</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos» (II), cit, p. 68; GARCÍA VICENTE, José Ramón, *Ley de contratos...*, p. 209).

<sup>38</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, PARRA LUCÁN, M.ª Angeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 259.

#### 4.2 El uso en la contratación fuera de establecimiento mercantil y el uso en caso de consumidor no informado

A propósito del ámbito de aplicación de los arts. 73 y ss. RDL 1/2007, y más allá de su configuración como normas generales de aplicación supletoria a todo supuesto de reconocimiento legal o convencional de la facultad de desistimiento (arg. ex. arts. 68.3 y 79, párrafo 1.º RDL 1/2007), interesa valorar su aplicabilidad a los supuestos de contratación fuera de establecimiento mercantil y a los supuestos de falta del empresario contratante a su deber de información y documentación relativos al derecho de desistimiento (art. 69.1 RDL 1/2007). Lo primero porque según se razonó –aunque con contraargumentos–, el fundamento de la facultad de desistir en aquél ámbito no justificaría ningún uso; lo segundo porque no parece razonable aplicar el mismo régimen de liquidación a quien conoce de él antes o al contratar (arts. 60 g y 69 RDL 1/2007), que a quien lo hace después<sup>39</sup>.

Si bien podría sustentarse la no aplicación del art. 74.2 al contrato *door-to-door* o, incluso, sugerir la restituibilidad de todo uso aplicado al producto (y no sólo del que lo deprecia), son más los argumentos legales que permiten defender, *de lege lata*, lo contrario. Uno sería que el art. 110 RDL 1/2007 se remite a las disposiciones generales sin más excepción que la relativa al plazo; otro, que el antecedente del art. 74 se encuentra, precisamente, en el art. 6 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. De este modo, el argumento de la sujeción de los contratos a distancia y fuera de establecimiento a un único régimen que contempla, en mayor o menor medida, un uso no restituible, es un argumento efectivo en el derecho español que desmiente, en el ámbito de la contratación fuera de establecimiento, la necesaria ligazón entre el fundamento de la facultad de desistir y el alcance del uso no restituible. Cómo se vio, en la Unión Europea aquella unificación es hoy sólo una propuesta<sup>40</sup>.

¿*Quid* a propósito del consumidor desinformado? Está fuera de toda duda que si, habiendo recibido la información y documentación preceptivas, el consumidor no va a responder por el uso «normal» del producto, con igual o más razón no será exigible su restitución a quien contrata desconociendo su derecho de desistir del contrato y sus consecuencias. Con todo, y a efectos de garantizar la efectividad del derecho comunitario en este particular, se sugeriría una lectura de las consecuencias de la falta del profesional a su deber de información y documentación, no tanto en la línea de conceder una protección adicional al consumidor desinformado, sino en la de sancionar indirectamente al profesional. El RDL 1/2007 contempla el incumplimiento de la obligación prevista en el art. 69: primero, a efectos de prolongar el plazo de reflexión (art. 71.3 RDL 1/2007); segundo, en sede de liquidación de la relación contractual y a efectos de rebajar el nivel de diligencia exigible al

<sup>39</sup> Mientras los deberes de información y documentación ex art. 69.1 RDL 1/2007 alcanzan al «derecho de desistir del contrato y los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio», el de información previa previsto en el art. 60 se limita a la «existencia del derecho que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercerlo».

<sup>40</sup> Curiosamente, además, ocurre en este particular que mientras la PDDC se inspira, a propósito de la restitución del uso, en el contrato a distancia (de ahí, que aluda al uso para verificar la naturaleza y funcionamiento del producto), el derecho español ha tomado como modelo la regulación existente del contrato fuera de establecimiento mercantil.

consumidor en caso de imposibilidad de devolver la mercancía (art. 75.2 RDL 1/2007). El art. 74 RDL 1/2007, a diferencia del régimen que proporciona el art. 17 de la PDDC, nada dice y nada excepciona. Siendo ello así, y en la línea apuntada, cabría no sólo alterar el régimen de restitución por razón del uso (por ejemplo, exonerando al consumidor de toda responsabilidad por la depreciación debida al uso, fuera o no conforme a la naturaleza del producto) sino, incluso, modificar el régimen de la restitución de las prestaciones principales. Un modelo a seguir lo proporciona el art. 1.304 CC que, a propósito del contrato celebrado por el incapaz, limita aquella devolución al enriquecimiento efectivo. Ocurre, sin embargo, que una medida de esta naturaleza podría acabar perjudicando al consumidor: así, en aquellos supuestos en que el enriquecimiento consista precisamente en el uso y su valor exceda del precio satisfecho. Sin ir más lejos, la Sentencia Messner trae causa, precisamente, de una reclamación cuyo importe supera el precio abonado. En este caso, sin embargo, si la restitución realmente se fundara en el enriquecimiento, no podrían resultar ajenas a su valoración las deficiencias que presentaba el producto; así, el ya aludido defecto de pantalla.

# Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo, Comparado y Comunitario

## ALEMANIA

### Bibliografía (2010)

MARTIN EBERS \*

#### I. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

- LAROCHE, Pierre – Chirico, Filomena (eds.): *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- Study Group on a European Civil Code (ed.): *Donation, Principles of European Law*, prepared by Martin Schmidt-Kessel, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- Study Group on a European Civil Code (ed.): *Mandate Contracts, Principles of European Law*, prepared by Marco Loos and Odavia Bueno Diaz, Sellier European Law Publishers, München 2010.

#### II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – PERSPECTIVA GENERAL

- GEBAUER, Martin – WIEDMANN, Thomas (eds.): *Zivilrecht unter europäischem Einfluss: die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, 2. Aufl., Boorberg, Stuttgart 2010.
- SCHULZE, Reiner – ZULEEG, Manfred – KADELBACH, Stefan (eds.): *Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2010.

#### III. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- BECHTOLD, Stefan: *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts. Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtssetzungslehre des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- BUCK-HEEB, Petra – Dieckmann, Andreas: *Selbstregulierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- LENGAUER, Alina: *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.
- RIESENHUBER, Karl (ed.): *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2. Aufl., de Gruyter, Köln 2010.
- ROTH, Herbert (ed.): *Europäisierung des Rechts. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Universität Regensburg 2009/2010*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

---

\* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- SCHMID, Christoph U.: *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- SCHMIDT, Frederik: *Die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

#### IV. DERECHO DE CONSUMO

- ANGERMANN, Juliane: *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- BÖRGER, Andreas: *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Eine Untersuchung gemeinschaftlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- GRÜBLER, Ulrike: *Digitale Güter und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung am Beispiel des Online-Erwerbs von Musikdownloads*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- GRUNEWALD, Barbara – Peifer, Karl-Nikolaus: *Verbraucherschutz im Zivilrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.
- HENKE, Matthias Felix: *Enthält die Liste des Anhangs der Klauselrichtlinie 93/13/EWG Grundregeln des europäischen Vertragsrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- KUNZ, Daniel: *Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union: Status quo und Weiterentwicklung*, Lang, Frankfurt am Main 2010.
- MARTENS, Matthias: *Die Entwicklung der Widerrufsrechte des Verbrauchers bis zur Umsetzung der Richtlinie 2008/48/EG. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der zeitlichen Dimension*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- OBERFEUCHTNER, Ralph: *Finanzierungsleasing und Verbraucherschutz. Fragen der Reichweite und Beschränkbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans – TICHY, Lubos (eds.): *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier European Law Publishers, München 2010.
- REICH, Anke: *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung in Deutschland*, Heymanns, Köln 2010.
- SPARMANN, Ingo: *Das Widerrufsrecht im Fernabsatz als Kauf auf Probe. Zum Gestaltungsspielraum des nationalen Umsetzungsgesetzgebers*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- STÜRNER, Michael: *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht*, Sellier European Law Publishers, München 2010.

#### V. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BACHMANN, Thomas: *Die elektive Konkurrenz. Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

HARKE, Jan Dirk (ed.): *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.

HILLIG, Jan-Bertram A.: *Die Mängelhaftung des Bauunternehmers im deutschen und englischen Recht*, Lang, Frankfurt am Main 2010.

KIENE, Sörren Claas: *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Nomos, Baden-Baden 2010.

MÜCKL, Patrick: *Der Vertragsbruch des Dienstleisters. Deutsches Recht, Englisches Recht und Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens*, Sellier European Law Publishers, München 2010.

#### VI. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

KOCH, Bernhard A. (ed.): *Damage Caused by Genetically Modified Organisms. Comparative Survey of Redress. Options for Harm to Persons, Property or the Environment*, de Gruyter, Köln 2010.

KOZIOL, Helmut – STEININGER, Barbara C. (eds.): *European Tort Law Yearbook 2009*, de Gruyter, Köln 2010.

OSKIERSKI, Jan-Thomas: *Schadensersatz im Europäischen Recht. Eine vergleichende Untersuchung des Acquis Communautaire und der EMRK*, Nomos, Baden-Baden 2010.

#### VII. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

GROSS, Daniela: *Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG*, Nomos, Baden-Baden 2010.

STENSLIK, Bastian-Peter: *Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und die europäischen Diskriminierungsverbote*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

LAUBER, Anna Verena: *Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz. Autonomie, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht Englands, Deutschlands und der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2010.

#### VIII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y MONOPOLIOS

BERNHARD, Jochen: *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen. Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

STOLZE, Christian: *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU. Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Kovacs, Hamburg 2010.

WESSELBURG, Alexander: *Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot. Unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung*, Nomos, Baden-Baden 2010.

WUNDERLE, Timo: *Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht. Theoretische Grundlagen, gegenwärtiger Stand sowie Perspektiven der Rechtsentwicklung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

## IX. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

DUBIEL, Martin: *Der Erfüllungsortbegriff des Vertragsgerichtsstands im deutschen, europäischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Lang, Frankfurt am Main 2010.

GROSS, Christian: *Die internationale Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, Vor dem Hintergrund der EuGVO und des Lugano-Übereinkommens. Unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Lang, Frankfurt am Main 2010.

Heinig, Jens: *Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht*, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., Jena 2010.

KÖCKERT, Ulrike: *Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

LOHRI, Gino: *Wählbarkeit nichtstaatlicher Regelwerke nach Art. 116 Abs. 1 IPRG. Unter besonderer Berücksichtigung der «Unidroit Principles of International Commercial Contracts», der «Principles of European Contract Law» sowie des «Draft Common Frame of Reference»*, Schulthess, Genf 2010.

RAUSCHER, Thomas (ed.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, 4 Bände, Sellier European Law Publishers, München 2010.

REIHER, Hannes: *Der Vertragsbegriff im europäischen Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verordnungen Rom I und Rom II*, Nomos, Baden-Baden 2010.

URLAUB, Jasmin: *Einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte im Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung zum Vertragsbegriff der Rom I-Verordnung*, Kovač, Hamburg 2010.

## ESPAÑA

### Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS \*

#### I. CONTRATOS INTERNACIONALES

CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, 286 pp. ISBN 8498365504.

#### II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

CUENCA GÓMEZ, P.: *Estudios sobre el impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dyckinson, 2010, 653 pp. ISBN: 8498499629.

\* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona.

- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *El Convenio europeo de Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2010, 133 pp. ISBN(13): 9788430951161.
- ORTIZ HERRERA, S.: *Los Derechos Fundamentales en los Tratados europeos evolución y situación actual*, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, 2010, 25 pp. ISBN(13): 9788492456994.
- RIPOL CARULLA, S. *et alii*: *España en Estrasburgo tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2010, 1508 pp. ISBN(13): 9788499035918.

### III. DERECHO PENAL EUROPEO

- AAVV: *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Madrid, 2010, 687 pp. ISBN: (13): 9788492596300.

### IV. DERECHO PROCESAL

- CALDERÓN CUADRADO, M.<sup>a</sup> P.-IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coords.): *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Pamplona, Aranzadi, 2009, 391 pp. ISBN 8483559321.
- GISBERT POMATA, M. *et alii*: *Los procesos para el cobro de deudas monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*, Madrid, Cívitas, 2010, 688 pp. ISBN(13): 9788447030750.
- GONZALEZ CANO, M.<sup>a</sup> I.: *El proceso europeo de escasa cuantía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 126 pp. ISBN 8498765359.
- LÓPEZ SIMÓ, F. – GARAU SOBRINO, F.: *El proceso europeo de escasa cuantía comentarios al Reglamento (CE) n.º861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Madrid, Dyckinson, 2010, 420 pp. ISBN(13): 9788497722674.
- SOSPEDRA NAVAS, F. (coord.): *Práctica del proceso civil*, T. 1, vol. 5 (Procesos europeos), Madrid, Cívitas, 2009, 1066 pp. ISBN: 8447032358.

### V. DERECHO DE SUCESIONES

- FUGARDO ESTIVILL, J. M.<sup>a</sup>: *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Colección «Notariado Hoy», Barcelona, Bosch, 2010, 275 pp. ISBN(13): 9788497907934.

### VI. PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Madrid, Cívitas, 2010, 204 pp. ISBN 8447034017.

### VII. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

- YÁÑEZ VIVERO, I.: *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz: un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, Aranzadi, 2010, 251 pp. ISBN(13): 9788499031958.

## VIII. OTROS

BADIA MARTÍN, A. *et alii* (coord.): *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, 1360 pp. ISBN(13): 9788497686648.

KRAMER, L.: *Derecho medioambiental comunitario*, Madrid, Ministerio de Medio Ambiente, 2009, 493 pp. ISBN (13): 9788449109249.

## FRANCIA

**Bibliografía (mayo – octubre 2010)**

CÉDRIC MONTFORT \*

## I. MANUALES, GENERALIDADES

BLUMANN, Claude – DUBOIS, Louis: *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4è. ed., Litec, Paris, 2010. ISBN, 978-2-7110-1164-3.

DOUTRIAUX, Yves: *Les institutions de l'union européenne après le traité de Lisbonne*, La Documentation française, Paris, 2010. ISBN 978-2-11-008208-4.

NOURISSAT, Cyril: *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3è. éd., Dalloz, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-07529-4.

RIDEAU, Joël: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6è. éd., LGDJ, Paris, 2010. ISBN 978-2-275-03381-5.

ROUX, Jérôme: *Droit général de l'Union européenne*, 3è. éd., LITEC, Paris, 2010. ISBN 978-2-7110-1435-4.

## II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

AUDIT, Bernard – D'AVOUT, Louis: *Droit international privé*, 6è. éd., Economica, Paris, 2010. ISBN 978-2-7178-5884-6.

BUREAU, Dominique – MUIR-WATT, Horatia: *Droit international privé* (deux tomes), PUF, Paris, 2010. ISBN 978-2-13-057774-4.

NOURISSAT, Cyril – TREPPOZ, Edouard: *Droit international privé et propriété intellectuelle – Un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Lamy Paris, 2010. ISBN 978-2-7212-1298-6.

## III. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – DERECHOS FUNDAMENTALES

BOSLY, Henri D. – VANDERMEERSCH, Damien: *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice – Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2918-1.

---

\* Doctor en Derecho. Abogado en el Colegio de Lyon. Encargado de curso en la Université Jean Moulin-Lyon 3 y en la Université Lumière – Lyon 2.

- BOUMGBHAR, Mouloud: *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pédone, Paris, 2010. ISBN 978-2-233-00596-0.
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Education des Roms et des gens du voyage en Europe* – Recommandation CM/Rec 2009(4) adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 juin 2009 et exposé des motifs, mai 2010, Conseil de l'Europe, Strasbourg, ISBN 978-92-8716-683-8.
- DAL GEORGES, Albert: *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, Paris, 2010. ISBN 978-2-8044-4002-2.
- DECAUX, Emmanuel: *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2858-0.
- FAVREAU, Bertrand: *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2864-1.
- EDEL, Frédéric: *Interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010. ISBN 978-92-8716-816-0.
- DE SCHUTTER, Carlier Jean-Yves – VERDUSSEN, Marc: *Human Rights in the Web of Governance: towards a learning-based fundamental rights policy for the European Union*, Vol. 9, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2821-4.
- KILINÇ, Umit: *La liberté d'expression en Turquie à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2010. ISBN 978-2-296-12444-8.
- POTVIN-SOLIS, Laurence: *Septième journées d'études du pôle européen Jean Monnet 27, 28 et 29 Novembre 2006 – Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2886-3.
- TAVERNIER, Paul: *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme – La jurisprudence en 2008*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2877-1.

#### IV. DERECHO CONTRACTUAL

- D'AUZON, Olivier: *Contrats commerciaux en français et en anglais – 40 modèles prêts à l'emploi*, 3<sup>e</sup> éd., Eyrolles, Paris, 2010. ISBN 978-2-212-54707-8.
- MINE, Michel – BOUDINEAU, Christine – LE NOUVEL, Anne – MERCAT-BRUNS, Marie – SILHOL, Bruno: *Le droit social international et européen en pratique*, Eyrolles, Paris, 2010. ISBN 978-2-212-54678-1.
- TEYSSIE, Bernard: *Droit européen du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Litec Paris, 2010. ISBN 978-2-7110-1160-5.

#### V. DERECHO DE SOCIEDADES – INSOLVENCIA – FINANZAS

- LEBEN, Charles: *Procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – Aspects récents*, Anthémis, Paris, 2010. ISBN 978-2-87455-207-6.
- MALECKI, Catherine – COURET, Alain: *Les défis actuels du droit financier – The current challenges of financial law*, Joly, Paris, 2010. ISBN 978-2-306-00018-2.

## VI. DIVERSOS

- VON BAR, Christian – SWANN, Stephen: *Principles of European Law – Unjustified Enrichment*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2922-8.
- BERNARD, Elsa: *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8027-2795-8.
- CLEMENT, Marc: *Droit européen de l'environnement – Jurisprudence commentée*, Larcier, Paris, 2010. ISBN 978-2-8044-3813-5.
- COUR DE CASSATION, *Quelles perspectives pour un ministère public européen? – Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Cour de cassation, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-08565-1.
- DERIEUX, Emmanuel – GRANCHET, Agnes: *Droit des Medias – Droit Français, Européen et International*, 6è. éd., LGDJ, Paris, 2010. ISBN 978-2-275-03498-0.
- GUINCHARD, Serge – CHAINAIS, Cécile – FERRAND, Frédérique: *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30è. éd., Dalloz, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-09047-1.
- LARDEUX, Gwendoline – LEGEAIS, Raymond – PEDAMON, Michel – WITZ, Claude, *Code civil allemand – Bürgerliches Gesetzbuch*. Traduction commentée, Dalloz-Sirey, Paris, 2010. ISBN 978-2-247-09003-7.
- MOLINIER, Joël – Lotarski, Jaroslaw: *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2010. ISBN 978-2-275-03588-8.
- NAOME, Caroline: *Le renvoi préjudiciel en droit européen – Guide pratique*, 2è. éd., Larcier, Paris, 2010. ISBN 978-2-8044-3696-4.
- DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, 3è. éd., Université de Bruxelles, Bruxelles, 2010. ISBN 978-2-8004-1476-8.
- WATHELET, Melchior – WILDEMEERSCH, Jonathan: *Contentieux européen*, Larcier, Liège, 2010. ISBN 978-2-8044-4140-1.

## Jurisprudencia

### **Sí, Derecho europeo, pero ¿qué hacemos con él?**

Dos decisiones de la *Cour de Cassation* demuestran las vacilaciones de los tribunales franceses a la hora de determinar la fuerza vinculante del Derecho europeo. La *ordonnance* dictada con carácter urgente el 22 de junio de 2010 por el TJCE (asuntos C 188 y 189/10) da respuesta a la pregunta formulada por la *Cour de cassation* a propósito del carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad que, desde hace no mucho tiempo, están legitimados para interponer los justiciables (*vid.* crónica precedente, ADC, 2010, 3). Recordemos que este nuevo control fue considerado prioritario por el legislador francés, que así resaltaba la primacía de la Constitución francesa sobre los Tratados internacionales. Naturalmente, el TJCE evita entrar directamente en la cuestión de la superioridad de un derecho sobre el otro, pero su respuesta es clara: el carácter prioritario del control de constitucionalidad es contrario al art. 267 TFUE, en la medida en que impide a los jueces franceses dirigirse con carácter preferente al Tribunal de Justicia y asegurar la efectividad del Derecho comunitario. Respuesta previsible.

Por lo demás, este control de constitucionalidad es el que ha permitido invalidar el régimen jurídico de las detenciones preventivas (*Conseil constitutionnel*, 30 de julio de 2010, DC n.º 2010-14/22). El Consejo sancionó el

hecho de que el detenido no había sido informado de su derecho a guardar silencio y que no tuvo derecho a la asistencia letrada, puesto que se impidió a su abogado el acceso a su dossier y a estar presente en los interrogatorios. Aun así, el Consejo constitucional dejó un margen temporal al legislador francés, hasta el mes de julio de 2011, para modificar la ley francesa. Una sentencia de la Sala Penal de la *Cour de cassation*, de 19 de octubre de 2010, acaba de adoptar la misma solución, pero esta vez al amparo del art. 6.1 del Tratado. Ello no obstante, por razones de seguridad jurídica, la *Cour* no ha anulado los juicios verbales con el interrogatorio de los recurrentes en casación ni, por tanto, los procedimientos ya llevados a cabo antes de julio de 2010.

En definitiva, la *Cour de cassation* no ignora el Derecho europeo, puesto que su interpretación ciertamente converge con la que sostienen los tribunales europeos, a los que cada vez cita con mayor frecuencia. Con todo, sí que parece ignorar su eficacia. En otras palabras y dicho de manera más prosaica ¿cómo explicar al procesado que debe ser puesto en prisión preventiva en condiciones irregulares, que sus declaraciones a la policía deben ser ignoradas, pero que, a la vista del principio de seguridad jurídica, todo se queda como estaba?

## ITALIA

### Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,  
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

- I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli\*, Mauro Tescaro\*\*, Stefano Troiano\*\*\*)
- AA. VV.: *Contratto e impresa / Europa*, n. 1 (enero-febrero), 2010. El volumen contiene algunos artículos de notable interés a propósito de la circulación de modelos jurisprudenciales en Europa, con especial referencia a la importación, en Italia, de la doctrina alemana sobre deberes de protección; remedios frente al incumplimiento de obligaciones contractuales; el valor del precedente extranjero en la jurisprudencia italiana; la armonización de la política de financiación de la industria aeroportuaria europea.
- BERTI DE MARINIS, G.: «Il credito al consumo tra problematiche e innovazioni», *Rassegna di diritto civile*, n. 2, 2010, pp. 626 ss. Se resume el contenido de la Jornada internacional sobre crédito al consumo celebrada en Terni el 29 de abril de 2009.
- CATRICALÀ, A. –TROIANO, P. (a cura di): *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, Utet, 2010. Comentario amplio y en profundidad de distintas normas de distinta naturaleza, tanto de origen nacional como comunitario o internacional en el ámbito del derecho de la competencia. Resultan de especial interés los comentarios dedicados a las prácticas comerciales desleales en contratos con consumidores (art. 11 ss. Código del Consumo) y a las acciones colectivas (art. 140 bis. Código del Consumo).

\* *Ricercatore di Diritto privato* (Università di Verona).

\*\* *Ricercatore di Diritto privato* (Università di Verona).

\*\*\* *Professore ordinario di Diritto privato* (Università di Verona).

- PAGLIANTINI, S. (a cura di): *Le forme della nullità*, Torino, Giappichelli, 2009. Conjunto de escritos, de diversos autores, dedicados a las «nuevas» nulidades que son fruto de las normas comunitarias de protección a los consumidores. En particular, se estudian los perfiles de la disciplina de este tipo de nulidad y lo que la separa del régimen general –por ejemplo, la regla de nulidad parcial necesaria y la de la apreciación de oficio–. Merece especial atención la responsabilidad del notario como consecuencia de la redacción de actos nulos.
- PAGLIANTINI, S. (a cura di): *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, Giappichelli, 2010. Diversos autores se enfrentan a un tema candente en el derecho italiano, cual es el del abuso del derecho y la relación con la buena fe. En particular, se analiza el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y los envíos no solicitados.
- PERLINGIERI, P.: «Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica», *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2010, pp. 317 ss. Se analiza la interpretación de las normas jurídicas, con particular atención al «diálogo» entre los tribunales europeos, como punto de partida para la construcción de un orden público constitucional europeo.
- SICA, S. – ZENO-ZENCOVICH, V.: «Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2010, pp. 377 ss. Los autores se plantean la necesidad de regular, incluso a nivel transnacional, los nuevos problemas que surgen a partir del desarrollo de actividades en la red de internet.

A propósito de las acciones de clase y el art. 140-bis del Codice del consumo, son de interés las siguientes publicaciones:

- ALPA, G.: «L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2010, pp. 379 ss.
- DE STEFANO, F.: «L'azione di classe», *Giurisprudenza di merito*, n. 6, 2010, p. 1498 ss.
- PROTO PISANI, A.: «Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori», *Foro italiano*, n. 9, 2010, V, c. 2051 ss.
- TOSCHI VESPASIANI, F.: «Riflessioni sparse in tema di azione di classe», *Studium Iuris*, n. 6, 2010, pp. 605 ss.;
- SANGIOVANNI, V.: «Class action e tutela contrattuale degli investitori», *Obbligazioni e contratti*, n. 8-9, 2010, pp. 611 ss.

Sobre las prácticas comerciales desleales y, en especial, las relaciones entre consumidores y profesionales y los art. 18 ss. codice del consumo, *vid.*:

- CAMARDI, C.: «Pratiche commerciali scorrette e invalidità», *Obbligazioni e contratti*, n. 6, 2010, pp. 408 ss.
- GUERINONI, E.: *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010.
- ROSSI CARLEO, L.: «Consumatore, consumatore medio, investitore, e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *Europa e diritto privato*, n. 3, 2010, pp. 685 ss.
- ZORZI, N.: «Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori», *Contratto e impresa*, n. 3, 2010, pp. 671 ss.

## II. DERECHO COMPARADO (Bárbara Pasa \*)

La doctrina italiana publica artículos en inglés en la nueva revista *Comparative Law Review on line* (acceso libre): [www.comparativelawreview.com](http://www.comparativelawreview.com)

**Otros artículos de revista interesantes des de en el punto de vista de derecho comparado**

- BAFFI, Enrico: «La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano», *I Contratti*, 2010, fasc. 4, pp. 392-404.
- QUERCI, Agnese: *Il vaccino contro l'influenza a/h1n1: «pillole» di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 4 pp. 335-345.
- FUSARO, Andrea: «L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia», *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, fasc. 3 pp. 166-174.
- VETTORI, Gustavo – MALHERBE, Jacques, «Deduzione degli interessi sul capitale di rischio: ordinamento fiscale brasiliano e belga a confronto», *Studi Tributari Europei*, 2010, fasc. 1, p. 39.
- MUSURACA, Antonella, *Gruppi societari, responsabilità e cash pooling come possibile strumento di abuso di dominio alla luce della novella tedesca «moming»*, *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2010, fasc. 5, pp. 13-41.
- FAMIGLIETTI, Gianluca: «In tema di diritto sammarinese», Nota a Collegio garante della costituzionalità delle norme di San Marino, 21 luglio 2009 n. 8, in *Il Foro Italiano*, 2010, fasc. 1, pp. 48-49.
- PALIMERI, Alessandro: «Distribuzione di “luxury goods” e commercio elettronico: ancora grandi incertezze nella prassi europea», Nota a Tribunale di commercio di Parigi 30 novembre 2009, *Il Foro Italiano*, 2010, fasc. 1, pp. 52-55.

**Monografías y Tratados**

- AA.VV.: *Divisione ereditaria, donazioni, profili di diritto tributario, internazionale privato e comparato*, Vol. 2, del *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da RESCIGNO, Pietro, coordinato da IEVA, Marco, 2a ed., Padova, CEDAM, 2010, pp. XVII-862, ISBN 978 8813264291.
- ACQUARONE, Lorenza (et al.): *Sistemi giuridici nel mondo*, con introduzione di CRESPI REGHIZZI, Gabriele, Torino, Giappichelli, 2010, pp. XVIII-312, ISBN 978 8834898895.
- ALLINI, Alessandra: *Il trust: caratteristiche e rappresentazione contabile*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. VIII-122, ISBN 978 8834897225.
- BENFATTI, Francesca: *Le forme della proprietà: studio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. VI-238, ISBN 978 8814154716.
- BISCONTINI, Giorgio: *Autonomia privata e cooperazione nei contratti agrari*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XXI-334, ISBN 978 8814152675.
- LAS CASAS, Antonio: *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica: profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 458, ISBN 978 8834897317.
- ONIDA, Francesco: *Il giro del mondo in duecentocinquanta pagine: itinerario di diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 253, ISBN 978 8815134523.
- ROLLA, Giancarlo: *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 2010, pp. VIII-257, ISBN 978 8814154511.

\* *Ricercatrice di Diritto Privato Comparato* (Università degli Studi di Torino).

ROOK BASILE, Eva – CARMIGNANI, Sonia – LUCIFERO, Nicola: *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio: dalla natura delle cose alla natura dei fatti*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XVI-282, ISBN 978 8814153639.

## Legislación

**MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO**

Decreto Legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (*Suplemento ordinario* n. 75 a la *G.U.* n. 94 de 23 abril 2010), de transposición de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. La norma contiene numerosas disposiciones de naturaleza diversa, la mayoría de carácter administrativo, aunque con impacto directo sobre el Derecho privado y los contratos de servicios.

Ley 4 de junio 2010, n. 96 (*G.U.* 25 junio 2010, n. 146 (*Suplemento ordinario* n. 138), de promulgación de la Ley comunitaria 2009, esto es, la ley que para el 2009 contiene las disposiciones que contienen las obligaciones para la República italiana, que son el resultado de su pertenencia a la Comunidad europea. Se trata de 55 artículos, subdivididos en tres capítulos. El primero (arts. 1-10) confiere al Gobierno la delegación para la transposición de un número considerable de directivas CE (mencionadas en anexo) y fija los principios y criterios generales de la delegación. Además se modifican algunas disposiciones de la Ley de 4 de febrero de 2005, n. 11. El Cap. II contiene una serie de disposiciones (arts. 11-51) dando criterios específicos para la actuación del Gobierno en la promulgación de los decretos legislativos de transposición. Finalmente, el Cap. III (arts. 52-55) se refiere específicamente a los criterios para la transposición de normas en el ámbito de cooperación policial y judicial en materia penal. Se señalan, además, las directivas cuya transposición corresponde al gobierno y, entre ellas, la Directiva 2008/95/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; y la Directiva 2008/122/CE, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, transpone la Directiva 2008/48/CE, sobre crédito al consumo y modifica el Título VI del texto único bancario (d. legisl. n. 385 del 1993) en lo que concierne al régimen jurídico de los sujetos que operan en el sector financiero, los agentes de actividad financiera y los mediadores de crédito (*Suplemento ordinario* n. 212 a la *G.U.* 4 setiembre 2010, n. 207). La norma cuenta con cinco títulos: el Título I (arts. 1-3) transpone la directiva 2008/48; el Título II (arts. 4-6) trata de la coordinación del Título VI del decreto legislativo n. 385 de 1993 con otras normas en materia de transparencia. El Título III (arts. 7-10) revisa el régimen jurídico de los sujetos que actúan en el sector financiero. El Título IV, sobre la disciplina de los agentes financieros y mediadores de crédito se subdivide, a su vez, en cuatro capítulos: el Cap. I (art. 11) modifica el decreto legislativo n. 385 del 1993; el Cap. II (arts. 12-18) añade nuevas normas de transposición; el Cap. III (arts. 19-24) se ocupa de los organismos competentes y elenca los agentes del mercado crediticio; el Cap. IV (art. 25) regula las sanciones. El Título V (arts. 26-30) contiene disposiciones finales.

Sección Temática: Espacio Judicial Europeo,  
Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos  
Reales, Derecho de Familia, Derecho Antidiscriminación,  
Derecho de Autor, Derecho de Daños en la Unión Europea

## I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

**BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS \***

Desde que el 21 de abril de 2009 la Comisión publicara el Informe sobre la aplicación del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Libro Verde sobre su revisión (ver Crónica anterior), la futura reforma del Reglamento 44/2001 es, sin duda, uno de los temas que más atención ha recibido por parte de la doctrina e instituciones implicadas. Como es bien sabido, el Reglamento 44/2001 es una de las piezas fundamentales del espacio de libertad, seguridad y justicia

### 1. Seminarios

Han sido varios los seminarios que se han celebrado, tanto en España como en otros Estados miembros, para debatir sobre los distintos aspectos de la reforma. Entre ellos, cabe destacar:

*a)* Bruselas I: La reforma de la litigación internacional en Europa (Madrid 15 y 16 de marzo 2010), acto organizado con motivo de la presidencia española de la UE y que contó con la presencia de varias autoridades: Sr. D. Francisco CAAMAÑO, Ministro de Justicia, Sra. D.<sup>a</sup> Viviane REDING, Comisaria Europea, Sr. D. Carlos CARNICER, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, Sr. D. Antonio HERNÁNDEZ-GIL, Decano del Ilustre Colegio de Abogados Madrid.

*b)* Litigación civil internacional: nuevas perspectivas europeas y de terceros estados, IV Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado (Universidad Complutense de Madrid 11 y 12 marzo de 2010), organizado por los profesores J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, de la Universidad Complutense (Madrid).

*c)* Seminario internacional sobre la revisión del Reglamento de Bruselas I, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y el Col·legi de Notaris de Catalunya, celebrado en Barcelona, el 21 de octubre de 2010.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE Ramon Llull.

2. **Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [2009/2140(INI)]. Sus puntos más relevantes son los siguientes:**

a) Concepto amplio de Derecho Internacional Privado: Se recomienda a la Comisión que reexamine la interrelación entre los distintos Reglamentos que rigen la materia la competencia judicial, la ejecución de resoluciones judiciales y la ley aplicable y que unifique y armonice la terminología y los conceptos de los distintos Reglamentos (p. ej., litispendencia, cláusulas de competencia, etc.). Es importante disponer de un marco jurídico coherente y de fácil acceso. El objetivo final podría ser una amplia codificación de Derecho internacional privado.

b) Supresión del *exequátur*: se pide la supresión del *exequátur* pero siempre y cuando vaya acompañada de salvaguardas apropiadas. Se propone la creación de un procedimiento excepcional accesible en el Estado miembro en el que se solicita la ejecución, procedimiento que podrá iniciar la parte contra la que se pide ejecución y para el que debe haber plazos procesales armonizados. Debe velarse porque no tengan carácter irreversibles las medidas de ejecución adoptadas antes de que expire el plazo para solicitar la aplicación de este procedimiento o de que dicho procedimiento haya concluido. Los motivos de presentación de la demanda coinciden con los motivos de denegación del reconocimiento del Reglamento 44/2001.

c) Actos auténticos: Los actos auténticos no deben ser directamente ejecutables sin la posibilidad de recurrirlos ante las autoridades judiciales del Estado requerido.

d) Ámbito de aplicación del Reglamento: Las obligaciones de alimentos incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, aunque reitera que el objetivo final debe ser un corpus legislativo amplio que abarque todas las materias. Para el Parlamento es importante que el art. 1.2 d) deje claro que no sólo los procedimientos de arbitraje quedan excluidos sino también los procedimientos judiciales que tengan por objeto principal, incidental o preliminar la validez o alcance de la competencia arbitral. En el art. 31 debe añadirse un apartado en el que se disponga que no se reconocerán las resoluciones cuando el tribunal del Estado miembro de origen, al decidir en su resolución sobre la validez o el alcance de una cláusula arbitral, haya infringido alguna norma de la legislación sobre arbitraje en el Estado miembro en que se solicita la ejecución, a no ser que la resolución de ese Estado miembro produzca el mismo resultado que se hubiera alcanzado de aplicarse la legislación sobre arbitraje del Estado en que se solicita la ejecución.

e) Elección de foro: Como solución al problema de las acciones «torpedo», el Parlamento aboga por liberar al tribunal designado en un acuerdo de elección de foro de su obligación de suspender el procedimiento con arreglo a la excepción de litispendencia. Además, toda disputa sobre competencia debe decidirse rápidamente como cuestión preliminar por el tribunal designado. Se prevé que se añada una disposición sobre la oponibilidad de los acuerdos de elección de foro frente a terceros.

f) *Forum non conveniens*: Con el fin de evitar problemas como el planteado en la sentencia Owusu, se propone una solución similar a la de la art. 15 del Reglamento 2201/2003, que permita que los tribunales de un Estado

miembro competentes para conocer sobre el fondo suspendan el procedimiento si consideran que un tribunal de otro Estado miembro o de un Estado tercero está mejor situado para conocer del asunto o de una parte del mismo.

g) **Funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional:** El Parlamento considera que no se ha examinado suficientemente la cuestión de si debe dotarse a las normas del Reglamento de efecto reflejo y que sería prematuro dar este paso sin un estudio pormenorizado, amplias consultas y un debate político con una importante contribución del Parlamento. Habida cuenta del gran número de acuerdos bilaterales entre Estados miembros y terceros países, y de las cuestiones de reciprocidad y reconocimiento internacional, el problema tiene alcance mundial y la solución debe buscarse paralelamente en la Conferencia de La Haya mediante la reanudación de las negociaciones para un convenio internacional sobre resoluciones judiciales. Hasta entonces, las normas de la Comunidad sobre competencia exclusiva respecto de los derechos reales inmobiliarios o contratos de arrendamiento de bienes inmuebles se podrían ampliar a los procedimientos iniciados en un tercer Estado. También aboga por modificar el Reglamento para permitir dotar de efecto reflejo a las cláusulas exclusivas de elección de foro en favor de tribunales de terceros Estados.

h) **Definición del domicilio de las personas físicas y jurídicas:** Sería deseable contar con una definición europea autónoma, aplicable a todos los instrumentos jurídicos comunitarios, del domicilio de las personas físicas, en especial para evitar situaciones en que una persona pueda tener más de un domicilio. Rechaza una definición uniforme de las sociedades en el Reglamento 44/2001 ya que una decisión de esta naturaleza debe debatirse y decidirse en el marco del desarrollo de la legislación europea sobre sociedades.

i) **Tipos de interés:** El Reglamento debería establecer una norma que impida a un tribunal de ejecución negarse a aplicar las normas automáticas sobre tipos de interés del tribunal del Estado de origen, aplicando en su lugar el tipo de interés nacional y únicamente a partir de la fecha de la resolución por la que se otorga la ejecución con arreglo al procedimiento excepcional.

j) **Propiedad industrial:** Para evitar el problema de las acciones «torpedo», debe liberarse al tribunal ante el que se haya presentado la segunda demanda de la obligación de suspender el procedimiento con arreglo a las normas sobre litispendencia cuando es evidente que el tribunal ante el que se haya presentado la primera demanda carece de competencia. Se rechaza, no obstante, la idea de que las acciones declarativas negativas deben excluirse por completo del principio de competencia del tribunal ante el que se presenta la primera demanda, ya que estas acciones pueden tener una finalidad comercial legítima. Se considera que las incoherencias terminológicas entre el Reglamento 593/2008 y el Reglamento 44/2001 deben eliminarse mediante la inclusión en el art. 15.1 del Reglamento 44/2001 de la definición del término «profesional», incorporado en el art. 6.1 del Reglamento 593/2008, así como mediante la sustitución de la expresión «[...] contrato de transporte, salvo en el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento» (art. 15.3 Reglamento 44/2001) por una referencia a la Directiva 90/314/CEE.

k) **Competencia en materia de contratos individuales de trabajo:** A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión debería considerar la posibilidad de encontrar una solución que aporte una mayor seguridad jurídica y la adecuada protección de la parte más vulnerable para los empleados que no ejercen su actividad en un único Estado miem-

bro (por ejemplo, conductores de camiones de transporte internacional o auxiliares de vuelo).

*l)* Derechos de la personalidad: El principio que se deriva de la sentencia Shevill debe precisarse. Para mitigar la supuesta tendencia de los tribunales de determinados Estados a declararse territorialmente competentes cuando la conexión con el Estado en el que se presenta la demanda es débil, debe añadirse un considerando que precise que, en principio, los tribunales de tal país sólo pueden declararse competentes si existe una conexión suficiente, sustancial o significativa con dicho país.

*m)* Medidas provisionales: Para garantizar un mejor acceso a la tutela judicial, las órdenes cuya finalidad sea obtener información y pruebas o proteger pruebas deben estar subsumidas en el concepto de medidas provisionales y cautelares. Debe atribuirse competencia para dichas medidas a los tribunales del Estado miembro donde se encuentre la información o las pruebas que se buscan, junto a la competencia de los tribunales competentes para el fondo. Las «medidas provisionales y cautelares» deben definirse en un considerando en los términos empleados en la sentencia *St. Paul Dairy*. La distinción hecha en la sentencia *Van Uden*, entre los asuntos en que el tribunal que acuerda las medidas es competente para el fondo y aquellos en que no lo es, debe sustituirse por el criterio que atiende a si las medidas se piden en apoyo de un procedimiento pendiente o que va iniciarse en dicho Estado miembro o Estado no miembro (en cuyo caso no deben aplicarse las restricciones del art. 31) o a si se piden en apoyo de un procedimiento en otro Estado miembro (en cuyo caso deben aplicarse las restricciones del art. 31). Insta a que se introduzca un considerando para superar las dificultades planteadas por el requisito reconocido en la sentencia *Van Uden* de un «vínculo de conexión real» con la competencia territorial del Estado miembro del tribunal que acuerda dicha medida, para aclarar que, al decidir si se acuerda, renueva, modifica o retira una medida provisional en apoyo de un procedimiento en otro Estado miembro, los tribunales nacionales deben tener en cuenta todas las circunstancias. El tribunal que conoce del fondo no debe poder retirar, modificar o adaptar las medidas provisionales acordadas por un tribunal de otro Estado miembro, ya que esto no estaría en consonancia con el principio de confianza mutua del Reglamento. Existen dudas sobre el fundamento para que un tribunal pueda revisar una resolución adoptada por un tribunal de otro Estado y sobre la ley que se aplicaría en estas circunstancias.

*n)* Recurso colectivo: El Parlamento insiste en que el próximo trabajo de la Comisión sobre los instrumentos de recurso colectivo puede requerir la consideración de normas de competencia especial para las acciones colectivas.

*o)* Asuntos varios: Habida cuenta de las dificultades específicas del Derecho internacional privado, de la importancia de la normativa de la UE sobre conflictos de leyes para las empresas, los ciudadanos y los abogados internacionales, y la necesidad de una jurisprudencia coherente, ha llegado el momento de crear una sala especial del Tribunal de Justicia que se ocupe de las decisiones prejudiciales relativas al Derecho internacional privado.

### 3. Dictamen del Comité Económico y Social

El 22 de septiembre se publicó en el DOCE [C 255/48] el Dictamen del Comité Económico y social sobre el «Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento

y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» [COM(2009) 175 final]. Las conclusiones y recomendaciones a las que llega el CESE son las siguientes:

a) Se comparte el punto de vista de la Comisión consistente en proceder a la supresión del *exequátur*, para facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en el mercado interior y la ejecución de dichas resoluciones a los ciudadanos y a las empresas.

b) Se considera oportuna la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 a las resoluciones administrativas. Solicita a la Comisión que proceda a los estudios necesarios para suprimir los obstáculos actualmente existentes.

c) Se considera importante la adopción de medidas que faciliten la utilización transnacional del arbitraje, estando a favor del establecimiento de una norma de conflicto supranacional y uniforme relativa a la validez de los acuerdos de arbitraje que remitiera a la ley del Estado en que tiene lugar el arbitraje. Todo ello, sin cambiar nada del modo en que funciona la Convención de Nueva York o, al menos, tomándola como base para la adopción de nuevas medidas.

d) Se considera que un enfoque común de carácter supranacional, que establezca normas claras y precisas en materia de competencia internacional, reforzará la protección jurídica de los ciudadanos y garantizará la aplicación armoniosa de la legislación comunitaria de carácter vinculante. Para ello, deberían incluirse normas relativas a los demandados domiciliados en terceros países, crear normas de competencia subsidiaria, adoptar medidas para impedir la utilización de foro de conveniencia e impulsar la utilización de cláusulas tipo de elección de foro.

e) Deberían adoptarse normas que incrementen la seguridad jurídica y reduzcan los elevados costes que ocasiona la posibilidad de duplicación de litigios en materia de propiedad intelectual ante los tribunales nacionales.

f) Para los procesos judiciales en los que se diluciden derechos de carácter imperativo y tuitivo, como pueden ser los derivados del contrato de trabajo o las relaciones de consumo, se deberá modificar el Reglamento 44/2001, para permitir la acumulación de acciones judiciales que puedan hacer efectivo el ejercicio de acciones colectivas ante los tribunales de justicia.

## II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL \*

En el periodo cubierto por esta crónica no se ha producido la más mínima modificación de las normas procesales del Derecho de la Unión Europea. Tras los esfuerzos realizados en materia de procesos para el cobro de créditos sobre todo (reglamentos sobre el proceso monitorio, ejecución de créditos no impugnados y proceso de escasa cuantía), parece que las autoridades comunitarias han decidido darse un respiro, en espera de los resultados que den estos reglamentos en materia procesal.

---

\* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

De ser así, la decisión es procedente y, en lo sustancial, correcta. Los reglamentos citados son defectuosos en algunos aspectos clave, que ya se han ido denunciando en crónicas anteriores, y sería improcedente seguir legislando sin antes ver el resultado que han dado las normas ya en vigor, y los inconvenientes que han provocado los anunciados errores. Porque, sin duda, queda mucho por hacer. Y no exactamente en materia de mediación o de procesos colectivos, temáticas sobre las que sí existen proyectos en marcha, pero que quizás no tendrán la eficacia y frecuencia de uso que se desea, como de hecho, por desgracia, está sucediendo ya con los reglamentos sobre cuestiones crediticias antes mencionados.

Por citar una materia que podría ser verdaderamente útil, no sería descartable que en el futuro se pensara en un reglamento de arbitraje de consumo *on line*, que unificara y simplificara las oportunidades procesales de todos los ciudadanos de la Unión ante estas útiles jurisdicciones, que están llamadas a conocer de los litigios que con mayor frecuencia aquejan a los justiciables, sin que normalmente hallen una solución justa para sus reclamaciones. El hecho de poder celebrar un proceso casi enteramente en línea, salvo casos excepcionales, prescindiendo prácticamente por completo de los tribunales ordinarios, favorecería la confianza del consumidor en la prestación de servicios de una empresa radicada en otro Estado de la Unión. Y con ello se favorecería la transnacionalidad de la prestación de servicios de consumo, con la garantía de que por muy alejado que esté el servidor, el consumidor encontrará una solución rápida y prácticamente gratuita a su litigio.

No obstante, el tema es más complejo de lo que parece y no puede realizarse una regulación sobre el mismo con precipitación. Existe sobrada experiencia (en línea y presencial) sobre este tema, así como útil doctrina –aunque no siempre unánime– sobre los diversos aspectos de este arbitraje. Todo ello debería ser aprovechado en un futuro proyecto de reglamento. Pero también hay que pensar en cómo resolver una cuestión que también afecta a otros reglamentos de la Unión: cómo resolver los inconvenientes procesales que provoca la riqueza lingüística de la Unión, que debe ser en todo caso preservada. También existen mecanismos, no tan complejos, que pueden facilitar estas dificultades.

### III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS \*

- I. **Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas** (Bruselas, 1.7.2010, COM(2010)348 final). Accessible en: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0052\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm)

Con el fin de reforzar el mercado interior, el Libro verde abre un proceso de consultas que pretende conocer cuál es la mejor opción para avanzar en

---

\* Profesora Titular de Derecho civil, Universitat de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto DER 2008-02325/JURI y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

materia de Derecho contractual europeo. Los resultados deberán ser tenidos en cuenta por el grupo de expertos que actualmente trabaja en la reelaboración del Proyecto de Marco Común de Referencia (*vid.* crónica anterior, ADC, 2010, 3). Las consultas se publicarán en el sitio Internet de la Comisión (<http://ec.europa.eu/yourvoice/>).

En concreto la Comisión plantea cuál debe ser la naturaleza jurídica del instrumento de Derecho contractual europeo, qué tipo de contratos debería contemplar, y cuál debería ser su ámbito de aplicación material:

a) En cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento, se plantean siete opciones: 1. Publicación de los resultados del grupo de expertos (que facilitaría su estudio y aplicación espontánea); 2. Una «caja de instrumentos» opcional para el legislador (también a disposición de los legisladores nacionales); 3. Una Recomendación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo (al estilo de los Principios Unidroit, que tanto podría servir como modelo al legislador como servir de instrumento opcional para los contratantes); 4. Un reglamento que contenga un instrumento optativo sobre Derecho contractual europeo (el llamado «segundo régimen», *vid. infra*); 5. Una directiva sobre Derecho contractual europeo (que incorporaría las previsiones que finalmente acaben incorporándose en la Directiva horizontal sobre derechos de los consumidores); 6. Un Reglamento sobre Derecho contractual europeo; 7. Un Reglamento de Código civil europeo (que debería ir más allá del Derecho de contratos y regular materias como la responsabilidad civil, el enriquecimiento injusto y la gestión de negocios ajenos. No se menciona, sin embargo, ni el Derecho de familia ni de sucesiones, ni el inmobiliario).

Aunque las opciones se plantean en términos de exclusión, no parece que las tres primeras sean incompatibles o, en su caso, podría pensarse que la número 3 absorbe a las anteriores y que ésta, o, alternativamente, la número 4, representan las opciones que tradicionalmente se han barajado en relación con las funciones del MCR. Sin embargo, las tres primeras son insuficientes para lograr un elevado nivel de armonización, exactamente igual que la opción 5, aunque por razones distintas. Por ello, la propia Comisión toma partido a favor de su inconveniencia. La opción 4 es la que impulsa el Comité Económico y Social Europeo en su dictamen «Le 28<sup>e</sup> régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire» (INT/499, de 27 de mayo de 2010; consultable en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.opinions.10021>). A pesar de la referencia al «28 ordenamiento jurídico de la Unión europea», en realidad el dictamen pone el acento en su naturaleza de «segundo régimen», puesto que estaría llamado a coexistir con el ordenamiento jurídico nacional en cada país. Se trataría, de nuevo, de permitir a las partes la elección de uno u otro ordenamiento, pero nótese que ambos serían «derecho interno», dado que la forma de promulgación de tal instrumento opcional sería un reglamento. Tal opcionalidad es lo que diferencia esta alternativa de la número 6 que, por el contrario, obligaría a suprimir la diversidad de legislaciones nacionales. Si bien esto último genera problemas con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin embargo evita la proliferación de normas que, por el contrario, propicia la opción 4. La opción 7 parece quedar descartada de entrada, a la vista de los problemas competenciales que existen.

b) La pregunta relativa a qué tipo de contratos debería contemplar, se refiere al ámbito de aplicación subjetivo (¿tanto contratos de B2C como B2B?) y territorial (¿tanto contratos en el ámbito doméstico como transfronterizos?). En relación con la primera cuestión, la Comisión se inclina, con razón, por generalizar el instrumento a todo tipo de contratos, sin perjuicio de la incorporación de normas específicas de protección a los consumidores en algunos tipos contractuales específicos. En cuanto a la aplicación territorial, se dejan abiertas las dos posibilidades apuntadas, con sus respectivos pros y contras. Se advierte también que otra hipótesis sería limitar el instrumento al contexto específico de la contratación *on line* y, a pesar de que en ese caso la cuestión pierde importancia, tampoco se elimina la duda de cuál debiera ser su ámbito territorial de aplicación. Aunque el libro verde no lo plantea específicamente, la cuestión enlaza con la estrategia armonizadora planteada por la Comisaria Reding para la futura Directiva sobre los derechos de los consumidores, que sólo prevé la armonización máxima, en los contratos transnacionales, para determinados contratos atendiendo a su forma de conclusión y, entre ellos, los que se celebran a distancia (*vid.* anterior crónica, 2010, 3 y, recientemente, Speech/10/441, «Doing the Single Market Justice», Bruselas, 16 de septiembre de 2010; consultable en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/441&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>).

c) Finalmente, en lo que respecta al ámbito de aplicación material, se trata de saber cuál debería ser el contenido del instrumento: ¿se debe limitar al Derecho de contratos (*vgr.* definición de contrato, obligaciones precontractuales, formación, derecho de desistimiento, representación, causas de nulidad, interpretación, contenido y efectos de los contratos, cumplimiento, recursos por incumplimiento, pluralidad de deudores y acreedores, sustitución de partes, compensación y confusión, prescripción)? ¿O deben incluirse otras materias como el enriquecimiento injusto, la responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida de la propiedad, o las garantías mobiliarias? En relación con el Derecho de contratos, se plantea, además, si junto a las disposiciones generales deberían incluirse disposiciones específicas para los tipos más usuales de contrato y, entre los más importantes para el mercado interior, el contrato de compraventa. Se descarta, con todo, una regulación general del contrato de servicios (a pesar de que ya está regulado en el MCR) y se propone una aproximación sectorial a sólo algunos contratos de servicios, en particular: leasing y seguros (materias ambas para las que también se cuenta con principios elaborados por los investigadores), dado –se alega– su proximidad con el contrato de compraventa.

## II. Publicadas las síntesis de las conclusiones de los cinco primeros encuentros del Grupo de Expertos para la reelaboración del MCR

Los informes que dan cuenta de la evolución de los trabajos se encuentran disponibles en la página web de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad ([http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies\\_consumer\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm)).

- III. **Proyecto de opinión de la comisión de asuntos jurídicos para la comisión de mercado interior y protección del consumidor sobre la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre derechos de los consumidores [COM(2008)0614 – C7-0349/2008 – 2008/0196(COD)]** (disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+COMPARL+PE-445.885+02+DOC+PDF+V0//es&language=es>). Enmiendas, documento 13 de octubre de 2010 (<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/draftOpinionsCom/comparlDossier.do?dossier=JURI%2f7%2f00126&body=JURI&language=ES>)
- IV. **STJUE de 27 de enero de 2010, Inconsult Anstalt y la Autoridad del Mercado Financiero (Finanzmarktaufsicht): Concepto de «soporte duradero (DO C 305, de 11 noviembre 2010)**

La Comisión de Recursos de la Autoridad del Mercado Financiero (*Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht*), Liechtenstein, presenta una solicitud al Tribunal sobre la interpretación del artículo 2, apartado 12, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, en relación con los criterios por los que un sitio Internet puede considerarse un «soporte duradero».

El fallo es el siguiente:

- 1) Para que un sitio Internet pueda considerarse un «soporte duradero» en el sentido del artículo 2, apartado 12, de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, debe permitir al cliente almacenar la información mencionada en el artículo 12 de la Directiva;
- 2) Para que pueda considerarse un «soporte duradero», un sitio Internet deberá permitir al cliente almacenar la información requerida en el artículo 12 de la Directiva de modo que ésta sea accesible durante un periodo de tiempo adaptado al objetivo de la información, es decir, mientras sea de interés para el cliente con el fin de proteger los intereses derivados de sus relaciones con el intermediario de seguro. Este periodo podría incluir el tiempo de duración de las negociaciones contractuales aún cuando no se concluya ningún contrato de seguro, el periodo en el que un contrato de seguro está en vigor y, en la medida en que sea necesario, el periodo siguiente a la expiración del contrato;
- 3) Para que pueda considerarse un «soporte duradero» un sitio Internet debe permitir la reproducción exacta de la información almacenada, es decir, la información ha de almacenarse de modo que sea imposible para el intermediario de seguro modificarla unilateralmente;
- 4) Para que un sitio Internet pueda considerarse un «soporte duradero» no tiene importancia alguna el hecho de que un cliente haya consentido o no de forma expresa en suministrar información a través de Internet.

## IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR \*

### 1. *Draft Common Frame of Reference*

Como es sabido, en el DCFR 2009 aparecían algunas instituciones relacionadas con los derechos reales como la adquisición y pérdida del dominio de las cosas, garantías reales mobiliarias y los *trusts*. Pues bien, recientemente la Comisión Europea ha promulgado el Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas (de 1 de julio de 2010), en el que se barajan distintas posibilidades para, en su caso, la adopción de un instrumento futuro, que oscilan desde un instrumento no vinculante hasta un código civil europeo.

Además, la Comisión ha nombrado un grupo de expertos que ha de seleccionar aquellas materias del DCFR que finalmente serán objeto de armonización [COM(2010)348 final], con lo que sigue sin clarificarse el destino final del DCFR.

De ambos textos se extrae una clara orientación hacia el derecho de contratos, pero no queda descartada la posibilidad de que se incluyan materias conexas. Así el Libro Verde 2010 señala que: «Un instrumento de Derecho contractual europeo podría cubrir, amén de los asuntos enumerados en la sección 4.3.1, otros conexos como la restitución, la responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida de dominio de bienes y la garantía de la propiedad de bienes muebles». Y, por su parte, la Decisión de 26 de abril de 2010 indica que el Grupo para la creación del marco común de referencia llevará a cabo su trabajo no sólo en base al DCFR y al *acquis communautaire* sino también «utilizando el proyecto de marco común de referencia como punto de partida y teniendo en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este campo». De esta manera, los trabajos «oficiales» no quedan constreñidos al DCFR ni, dentro de él, a la materia de contratos, sino que pueden incluirse instituciones propias de los derechos reales, estén o no en el DCFR.

### 2. *Common Core de Trento*

Prosiguen los trabajos sobre derechos reales tras el *16th General Meeting Common Core of European Private Law* (<http://www.common-core.org>) de Julio de 2010 en Turín. Algunos libros están ya en proyecto de ser editados a la espera de los últimos cambios (el de propiedad horizontal) o de alguna actualización de *reports* debido al nuevo contexto jurídico-económico de crisis financiera mundial, especialmente por lo que se refiere a los *meta-legal formants* (como es obvio el caso para las hipotecas). De este modo, tenemos las siguientes obras: C. van der Merwe, F. Fiorentini and G. Watt (eds), *Security Rights in Immovable Property in European Law*; C. van der Merwe, R. Caterina and A. Verbeke (eds), *Time-Limited Interests in Land in European Law*; E. Cooke, L. Martínez and A. Pradi (eds), *Transfer of Immoveable Property in European Law*.

\* Catedrático Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

### 3. *Verband deutscher Pfandbriefbanken*

El grupo de la *Runder Tisch* auspiciada por la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* y dirigida por el Dr. Otmar Stöcker prosigue con sus trabajos sobre la flexibilización de la hipoteca, con especial interés en la hipoteca sobre derechos de superficie, propiedades especiales y condominios. Destaca la publicación a mediados de 2010 de la 2ª edición revisada y extendida del Volumen III sobre *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe*, cubriendo el estudio de la hipoteca de 22 jurisdicciones. La próxima reunión de la Mesa Redonda es a principios de diciembre 2010.

### 4. Libros

Como resultados de investigaciones en material de derechos reales en Europa, deben destacarse dos publicaciones que saldrán en breve (ambas en Sellier, para principios de 2011), lo que evidencia el creciente interés sobre el estudio de los derechos reales en Europa:

a) *Party Autonomy in International Property Law*, de Roel Westwrik y Jeroen van der Weide (eds.). Parte de la idea de que la autonomía de las partes no ha sido abiertamente admitida en el ámbito de los derechos reales. Los ordenamientos europeos y muchos del resto del mundo han basado la ley aplicable en el principio *lex rei sitae*. Este principio está en crisis dada la creciente necesidad de flexibilizar las operaciones transnacionales. Esto ha llevado a preguntarse sobre la eficacia de los derechos reales sobre muebles cuando se rebasan fronteras, si dichos derechos reales de un determinado ordenamiento deben ser reconocidos en otro ordenamiento, y cómo deben ser tratados en caso de concurso.

b) *The Future of European Property Law*, Sjer van Erp, Arthur Salomons y Bram Akkermans (eds.). Parte de la premisa de que la armonización europea tiene un creciente impacto en los sistemas de derechos reales en los Estados miembros. Las tensiones entre ellos son más elevadas que en otras áreas de derecho al ser muchas de sus reglas de derecho necesario. Son objeto de especial estudio los aspectos relacionados con el dominio y los derechos reales en el DCFR, los negocios garantizados y la hipoteca (incluyendo la eurohipoteca).

A estas importantes y crecientes contribuciones a la ciencia jurídica europea relacionada con los derechos reales debe añadirse la reciente tesis doctoral, defendida con éxito por el Dr. Héctor Simón en la Universidad Rovira i Virgili en julio 2010 y que lleva por título «La armonización de los derechos reales en Europa», donde realiza un estudio de cómo está la situación de la armonización de los derechos reales en Europa en la actualidad y, dentro de ello, realiza un profundo estudio de la eurohipoteca y de su relación con el derecho hipotecario español. El trabajo parte de la hipótesis de que los derechos reales son necesarios para conseguir las libertades comunitarias (que comprenden la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores, capitales y mercancías) en el mercado interior (artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La actual política legislativa de la Comisión Europea respecto al Derecho privado europeo se centra en el derecho contractual, lo que puede constatarse tanto de las directivas promulgadas en este ámbito en materia de consumo como de la voluntad de la Comisión de crear un Marco

Común de Referencia basado en el derecho de contratos, sin prestar demasiada atención a los derechos reales. Su fragmentaria regulación no permite a la Unión Europea alcanzar un auténtico mercado interior. La tesis realiza un estudio desde el derecho comparado e histórico: *a*) en primer lugar, propone las bases de un sistema de propiedad europea, así como una regulación adecuada de los derechos reales que permita a la Unión Europea la consecución de dichas libertades; y *b*) en segundo lugar, analiza un modelo de derecho real, como el de garantía real inmobiliaria previsto en las *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (la eurohipoteca) y su incidencia en estas libertades, especialmente en el contexto actual de crisis. En el trabajo puede encontrarse abundante legislación, doctrina y jurisprudencia del proceso de armonización de los derechos reales en Europa.

## 5. Jurisprudencia

Finalizo esta crónica con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 8 de julio de 2010 [TJCE 2010\222]. Caso Comisión Europea contra Portugal. Es un nuevo caso de las llamadas «acciones de oro». El Tribunal considera que en el supuesto de que se privatizan empresas públicas y el Estado se reserve el derecho de veto sobre las mismas, esta operación sólo es acorde con el derecho comunitario si responde a razones de interés público. Realiza para ello una interpretación del art. 295 Tratado Constitutivo CE (actual art. 345 Tratado del Funcionamiento de la UE) de tal manera que aunque éste indique que «el Tratado [...] no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros», «basta con recordar que, según reiterada jurisprudencia, dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado, por lo que no puede invocarse para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean consecuencia de privilegios que se atribuyan a los Estados miembros en su condición de accionistas de una empresa privatizada».

## V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS \*

### 1. Un nuevo régimen económico matrimonial europeo: el Tratado bilateral entre Francia y Alemania de 4 de febrero de 2010

La firma en París, el 4 de febrero de 2010, de un Tratado bilateral entre la República Francesa y Alemania, instaurando un régimen económico matrimonial común constituye un hito muy importante para el Derecho de familia europeo. Son varias las perspectivas desde las que es de interés dicho Tratado. De una parte, el propio contenido y condiciones de aplicabilidad del nuevo régimen económico presentan importantes novedades. De otra parte, la iniciativa franco-alemana puede ser de interés para el Derecho de familia europeo y el Derecho Privado europeo, en general, habida cuenta de las limitaciones de la competencia comunitaria para avanzar en la unificación y armonización del Derecho material. Finalmente, y puesto que el carácter

\* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

abierto del Tratado permite que pueda ser ratificado por los demás Estados miembros, convendría plantearse la oportunidad de una eventual ratificación española, que se vería, no obstante, condicionada por el carácter plurilegislativo del Derecho Privado español.

El Convenio sobre el régimen matrimonial común franco-alemán es fruto de la cooperación especial que desde 1963 mantienen Francia y Alemania. Las bases de dicha cooperación se establecen en el Tratado del Eliseo (<http://www.deutschland-frankreich.diplo.de>). En 2003, con ocasión de la celebración del cuadragésimo aniversario de dicho Tratado, se acordó una cooperación especial en el marco de la Unión Europea. Francia y Alemania decidieron actuar como motores de la integración y, entre otras acciones, preconizar la armonización de sus respectivos Derechos civiles, en particular, en el ámbito del Derecho de familia. El primer resultado de dicha cooperación es el Tratado bilateral estableciendo un régimen económico matrimonial común, que tras su firma en febrero de 2010 deberá ser ratificado por ambos Estados.

El Convenio contiene disposiciones de Derecho sustantivo estableciendo un régimen económico matrimonial legal. Dichas reglas se incorporarán a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, que, por consiguiente, acabarán conteniendo normas uniformes en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Un aspecto irresuelto es la interpretación uniforme del régimen común, que no está garantizada pues no existe un Tribunal superior común. En este sentido, convendría articular en un futuro algún sistema de comunicación de las decisiones judiciales que recaigan en los distintos Estados parte del Tratado e inspirarse en las soluciones de otros textos uniformes como el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías o los Principios *Unidroit* en materia de contratos internacionales.

El régimen económico matrimonial que el Tratado establece será aplicable siempre que las relaciones económicas de los cónyuges se rijan por el Derecho francés o alemán y los cónyuges hayan elegido dicho régimen en la forma legalmente establecida, pues se trata de un régimen legal de carácter opcional, cuya aplicación dependerá de un acto voluntario por parte de los cónyuges. La forma legal de dicho acuerdo se somete a las normas designadas por el Derecho internacional privado, que en esta materia es todavía nacional. Tratándose de un régimen opcional no es previsible una aplicación mayoritaria, pues en la práctica son pocas las parejas que otorgan capitulaciones e incluso entre las que las otorgan probablemente sea minoritaria la elección del nuevo régimen.

Ha de destacarse que el régimen es aplicable en supuestos internos e internacionales. En este último caso, su aplicabilidad depende de que las normas de Derecho internacional privado, sean las francesas, las alemanas o las de un Estado tercero, designen al Derecho material francés o alemán. El régimen podría, por tanto, regir las relaciones económicas entre dos cónyuges franceses o alemanes, o con residencia habitual en Francia o Alemania en el momento del otorgamiento de las capitulaciones, si como consecuencia de la aplicación del art. 9.3 del Código Civil español rigiera el Derecho francés o alemán.

Un análisis de las condiciones de aplicabilidad revela el carácter limitado del impacto del Tratado. En primer lugar, y como ya se ha apuntado, el régimen matrimonial común no desplaza a los regímenes supletorios sino que es simplemente un régimen legal opcional que se añade a los que se regulan en los respectivos Códigos civiles. Su éxito dependerá de que consiga en la práctica abrirse un hueco. Conviene, además, tener presente que pese a que las partes lo hayan elegido en un momento en el que sus relaciones económicas se regían por el Derecho alemán o francés, no está garantizado que tal

elección sea respetada con posterioridad. En el Reino Unido, por ejemplo, la reciente decisión de 20 de octubre de 2010 del Tribunal Supremo en el asunto *Radmacher c. Granatino* confirma que las relaciones económicas de una pareja residente en Inglaterra se regulan conforme al Derecho inglés, si bien la existencia de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero podrá ser tenida en cuenta por los tribunales ingleses en el ejercicio de las facultades discrecionales de las que disponen para realizar un reparto equitativo en caso de divorcio.

El régimen que el Tratado establece es un régimen de participación inspirado tanto por el régimen alemán supletorio de la *Zugewinngemeinschaft* como por el régimen opcional francés de la *participation aux acquêts*. No se trata de un régimen especialmente concebido para los matrimonios internacionales. El principal atractivo que para este tipo de parejas presenta el régimen deriva no tanto de sus características intrínsecas, como de su carácter uniforme, pues en la práctica la aplicación de Derecho extranjero presenta muchas dificultades. En el Informe explicativo que acompaña al Tratado se pone de manifiesto que, como consecuencia de dichas dificultades, las parejas francesas que adquieren bienes inmuebles en Alemania someten a dichos bienes a un régimen económico matrimonial alemán a fin de poder inscribir la adquisición en el Registro de la propiedad alemán. Ello implica el fraccionamiento de las relaciones económicas conyugales, pues el resto de bienes continúa rigiéndose por el Derecho francés. Tal necesidad desaparecería, según los relatores, en caso de que las relaciones económicas entre los cónyuges se sometieran al régimen común. Se trata, no obstante, de un paliativo con importantes limitaciones. En primer lugar, porque las dificultades a las que se alude continuaran siendo experimentadas por aquellas parejas, que son mayoría, sujetas al régimen legal supletorio. Y en segundo término, porque el remedio para evitar dichas dificultades exige que se opte por un régimen económico matrimonial, que, sobre todo desde la perspectiva francesa, resulta relativamente desconocido para los operadores jurídicos y, en general, se considera excesivamente complejo. Por tanto, entendemos que sigue estando pendiente la tarea de intentar atajar de manera directa las dificultades que se presentan en el ámbito registral. No parece, en efecto, lógico que en una época en la que puede inscribirse sin problemas una forma societaria extranjera la inscripción de un régimen económico matrimonial extranjero resulte tan dificultosa.

El nuevo régimen matrimonial común contiene algunas soluciones modernas que no lograron imponerse en la reciente reforma de la *Zugewinngemeinschaft* del año 2009. Por este motivo, podría ser especialmente atractivo para las parejas alemanas en supuestos internos. A título de ejemplo puede señalarse que las indemnizaciones por daños físicos o morales recibidas con posterioridad a la entrada en vigor del régimen no se computan en el patrimonio inicial del cónyuge receptor, tal y como se establece en el régimen alemán. Son también importantes las diferencias por lo que respecta a la valoración del patrimonio inicial. Si bien se adopta como regla general la solución alemana de determinar el valor del patrimonio inicial en la fecha de entrada en vigor del régimen, se introduce una importante excepción inspirada en el Derecho francés por lo que respecta a la valoración de los bienes inmuebles. Respecto a estos bienes, que generalmente son los de mayor importancia económica, el valor se determina en la fecha de finalización del régimen, de manera que los incrementos de valor no computan como incrementos patrimoniales que hay que repartir. Ello se justifica porque tales incrementos sue-

len tener causas ajenas a las relaciones conyugales. Finalmente otro aspecto destacable es que se establece que, como regla, cada uno de los cónyuges debe poder continuar disfrutando de la mitad de su patrimonio tras la disolución del régimen, lo que implica establecer un límite cuantitativo al derecho de participación del otro cónyuge.

Como ya se ha señalado con anterioridad, el Tratado inaugura un nuevo método para proceder a la unificación de determinados ámbitos del Derecho civil material. Pese a que desde el Tratado de Lisboa la cooperación en materia civil puede incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 81.1 TFUE), en materia de Derecho de familia rige la regla de la unanimidad (art.81.3 TFUE), que en la práctica imposibilita la armonización del Derecho material de la persona y la familia. De ahí, que la vía intergubernamental parezca idónea para poder avanzar e incluso se haya preconizado su utilización en otros ámbitos del Derecho Privado. Sin embargo, desde otra perspectiva resulta criticable el carácter bilateral de la iniciativa, pues los demás Estados eventualmente interesados en la iniciativa no han participado en la elaboración del texto y su única opción es aceptarlo o rechazarlo. De generalizarse la vía iniciada por Alemania y Francia se produciría además una proliferación de textos bilaterales y un incremento del número de regímenes económicos matrimoniales legales existentes en Europa. Podría asimismo señalarse que en tanto el Libro verde en materia de régimen económico matrimonial plantea la opción de establecer un régimen matrimonial europeo se trata de una iniciativa prematura.

Puesto que el Tratado está abierto a la firma y ratificación de los demás Estados miembros de la Unión, sería conveniente estudiar seriamente su eventual ratificación por parte española. No debe desconocerse que las relaciones con Francia y Alemania son especialmente intensas y que existe un número importante de parejas mixtas o residentes en dichos países que podrían estar eventualmente interesadas en dicho régimen. Por otro lado, el régimen de participación es un régimen legal en alguno de los Derechos españoles como en el Derecho civil común y el Derecho catalán, por lo que bastaría con ajustar las disposiciones relativas a dicho régimen a las disposiciones del Tratado bilateral. Evidentemente una cuestión a tener especialmente en cuenta, de estimarse oportuna su ratificación, es el carácter plurilegislativo del Derecho español en materia de régimen económico, pues no es aceptable que la ratificación del Tratado sustraiga la materia a los legisladores forales. El Derecho de los Tratados conoce, sin embargo, fórmulas para ratificar un Tratado internacional solo respecto a una parte de las unidades autónomas que forman un Estado. Estas fórmulas son regularmente utilizadas por Estados plurilegislativos como Canadá o el Reino Unido. También este aspecto resultaría novedoso para el Derecho español y abriría nuevas perspectivas. Exigiría, no obstante, que el legislador español asumiera su carácter de legislador neutro y «supraforal» en determinadas materias, lo que en el actual clima político no parece fácil.

La iniciativa franco-alemana es una iniciativa valiente. Genera dificultades no menores, que se han puesto parcialmente de manifiesto en esta presentación, pero se trata de una iniciativa de riesgos limitados habida cuenta del carácter opcional del régimen. En cualquier caso demuestra que dos de los motores de Europa no descartan la armonización e incluso uniformización de sectores del Derecho civil. Ello en sí mismo constituye un gran avance.

## 2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10 PPU, J. McB c. L.E.

De entre las decisiones dictadas por el Tribunal de Justicia sobre el Reglamento 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), la sentencia McB destaca por su significado para el Derecho europeo de la familia, pues plantea hasta qué punto los objetivos del Reglamento son compatibles con el contenido de un determinado Derecho de familia nacional.

La intervención del Tribunal de Justicia se produce como consecuencia de la ruptura de una pareja de hecho formada por un ciudadano irlandés y una ciudadana británica, que durante más de diez años cohabitaron en distintos lugares y tuvieron tres hijos en común. Tras la ruptura, la madre abandonó el domicilio común, situado en Irlanda, trasladándose, sin el consentimiento paterno, con los niños al Reino Unido. El padre intentó infructuosamente instar el retorno de los menores al amparo del Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, que forman en esta materia un bloque normativo que ha de aplicarse conjuntamente [*vid.* arts. 11.1 y 60 e) del Reglamento].

En el contexto del procedimiento de retorno, la *High Court of Justice of England and Wales* solicitó una decisión irlandesa que declarara la ilicitud del traslado. En primera instancia, la *High Court* de Irlanda declaró que el traslado no era ilícito porque conforme al Derecho irlandés, el solicitante del retorno carecía de derechos de custodia. El padre de los niños recurrió en apelación al Tribunal Supremo de Irlanda, que es quien plantea la duda acerca de la compatibilidad de su propio ordenamiento con el Reglamento 2201/2003, apuntando la posible incidencia del art. 7 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (derecho a la vida privada).

Conforme estipulan tanto el Reglamento 2201/2003 como el Convenio de La Haya de 1980, la ilicitud del traslado de un niño deriva de que dicho traslado infrinja los derechos de custodia de otra persona, institución u organismo, definiéndose dichos derechos de manera autónoma como el derecho al cuidado cotidiano del niño y, en especial, el derecho a determinar su lugar de residencia (art. 2.7 del Reglamento). Por tanto, que el Sr. J. McB tuviera o no acción para solicitar el retorno de sus hijos a Irlanda acaba dependiendo de que el Derecho irlandés, como Derecho del lugar de residencia habitual de los niños con anterioridad al traslado, otorgue al solicitante del retorno el derecho a determinar el lugar de residencia de los niños. Mientras que en algunos ordenamientos como en el español el estado civil carece de relevancia, en otros ordenamientos, como en el irlandés el padre de hijos nacidos fuera del matrimonio carece de derecho *ex lege* a determinar el lugar de residencia de los niños, siendo necesaria la obtención de una decisión judicial. Lo que se plantea en esta decisión es la compatibilidad de dicha regulación con el Reglamento comunitario, teniendo en cuenta la incidencia del derecho a la vida familiar reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales, pues el padre de los menores trasladados no había instado el otorgamiento de derechos de custodia.

El Tribunal de Justicia acaba afirmando la compatibilidad del Derecho sustantivo irlandés con el Reglamento esencialmente en virtud de dos argumentos. Se señala, en primer lugar, que la necesidad de interpretar de manera autónoma los conceptos del Derecho comunitario no alcanza a dichos conceptos en la medida en que remitan al Derecho de los Estados miembros. En este sentido se resalta que mientras que en el Reglamento se determina el

contenido del derecho de custodia, la determinación de sus titulares se deja en manos del derecho vigente en el Estado de la Unión en el que el niño tuviera su residencia habitual inmediatamente antes del traslado. Por tanto, la interpretación autónoma no alcanzaría a tal extremo.

Por lo que respecta a la eventual incidencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se descarta, aludiendo a que la misma rige solo cuando se aplica el Derecho de la Unión y no cuando se está aplicando el Derecho de sus Estados miembros. Por otro lado, y teniendo en cuenta que por lo que respecta al derecho a la vida familiar se produce una correspondencia entre la Carta Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos que obliga al Tribunal de Justicia de la Unión a interpretar dicho derecho de la misma forma en que lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se aduce que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha venido considerando que no es incompatible con el Derecho de los Estados miembros que la adquisición de la responsabilidad parental se subordine a la obtención de una decisión judicial en caso de que los progenitores de un niño no estén casados. Solo en aquellos supuestos en los que la madre tiene un derecho de veto absoluto sobre la adquisición paterna de la responsabilidad parental se apreciaría violación del Convenio Europeo, tal y como ha constatado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Zaunegger c. Alemania* (sentencia de 3 de diciembre de 2009).

## VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ \*

### I. Directivas

Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DOUE L180 de 15 de julio de 2010)

En la Exposición de Motivos de esta Directiva se afirma que la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan actividad autónomas, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad (DO L 359 de 19 de diciembre de 1986) no ha sido eficaz y su ámbito de aplicación debe reconsiderarse. Por ello, en aras a la claridad, la Directiva 2010/41/UE deroga la Directiva 86/13/CEE con efectos a partir del 5 de agosto de 2012 (art. 17 Directiva 2010/41/UE).

La presente Directiva no debe aplicarse a las materias ya cubiertas por otras Directivas que llevan a la práctica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DOUE L 373, de 21 de diciembre de 2004). Tampoco a Directivas que regulan la aplicación

\* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

del principio de igualdad de trato que abarcan las actividades autónomas como la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE L 6 de 10 de enero de 1979) o la Directiva 2006/54/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE L 204 de 26 de julio de 2006).

El ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2) son los trabajadores autónomos, es decir, las personas que ejerzan, en las condiciones establecidas en la legislación nacional, una actividad lucrativa por cuenta propia. También los cónyuges de los trabajadores autónomos o, en la medida en que estén reconocidas en la legislación nacional, sus parejas de hecho, que no sean empleados o socios de estos últimos, y que participen, de manera habitual y en las condiciones establecidas por el Derecho nacional, en las actividades del trabajador autónomo efectuando, bien las mismas tareas, bien tareas auxiliares.

El principio de igualdad de trato significa que no se practicará discriminación alguna por razón de sexo en los sectores público y privado, ya sea directa o indirectamente, por ejemplo en relación con la creación, el equipamiento o la ampliación de una empresa o con el inicio o la ampliación de cualquier otra forma de actividad autónoma (art. 4.1). Con el objeto de impedir la discriminación por razón de sexo, la Directiva se aplicará tanto a supuestos de discriminación directa como indirecta y los supuestos de acoso y acoso sexual se consideran formas de discriminación.

En relación a la acción positiva, el art. 5 de la Directiva establece que los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, por ejemplo, para fomentar iniciativas de actividad empresarial entre las mujeres, o para evitar o compensar desventajas en la carrera profesional de las personas de determinado sexo.

Por otra parte, los Estados miembros tomarán medidas para que las condiciones de constitución de una sociedad entre cónyuges o, en la medida en que las reconozca la legislación nacional, entre parejas de hecho no sean más restrictivas que las de constitución de una sociedad entre otras personas (art. 6).

Cuando en un Estado miembro exista un sistema de protección social de trabajadores autónomos, el Estado tomará medidas para asegurar que los cónyuges o parejas de hecho de aquéllos puedan disfrutar de protección social con arreglo al Derecho nacional, si bien los Estados miembros deberán decidir si dicha protección social se aplica de forma obligatoria o voluntaria (art. 7).

Respecto a las prestaciones por maternidad, el art. 8 de la Directiva establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras autónomas, las cónyuges o parejas de hecho de los trabajadores autónomos disfruten de un subsidio por maternidad que les permita interrumpir su actividad por causa de embarazo o maternidad durante por lo menos 14 semanas, si bien los Estados miembros podrán decidir si dicho subsidio se concede de forma obligatoria o voluntaria. Los Estados miembros tomarán, además, ya sea de forma alternativa o complementaria al subsidio, las medidas necesarias para que las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho tengan acceso a servicios que ofrezcan sustituciones temporales o a los servicios sociales existentes en el país.

Los Estados miembros deberán garantizar la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, incluidos, si se considera oportuno, procedimien-

tos de conciliación, para hacer que se cumpla la presente Directiva. Éstos deben ser accesibles a toda persona que considere que ha sufrido pérdidas o daños por haberse vulnerado el principio de igualdad de trato, incluso aunque haya terminado la relación en la que se considere que ha sufrido la discriminación.

Respecto a la indemnización o reparación, el art. 10 de la Directiva establece: «*Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori.*».

Por tanto, la indemnización, que debe ser real y efectiva, tendrá carácter disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido. La utilización del término indemnización «disuasoria» parece hacer referencia a la función preventiva que cumple, junto a su función principal reparadora, la responsabilidad civil. Por ello, surge la duda de si con ello se podría dar entrada a la aplicación de los denominados «*punitives damages*» propios del derecho anglosajón.

Por otra parte, la prohibición de que la indemnización esté limitada por un tope máximo fijado *a priori*, elimina la posibilidad de fijar baremos indemnizatorios e implica que la indemnización debe guiarse por el principio de reparación integral del daño.

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el organismo correspondiente sea competente para la promoción, análisis, seguimiento y apoyo entre todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 11) y velará por que las disposiciones de la Directiva se pongan en conocimiento de los interesados por todos los medios apropiados (art. 13).

La Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 18). Los Estados miembros deberán adaptar la Directiva antes del 5 de agosto de 2012 si bien, cuando así lo justifiquen dificultades particulares, dispondrán de un periodo adicional de dos años para cumplir con lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva y en relación a los cónyuges y parejas de hecho con el art. 8 de la Directiva (art. 16). En cualquier caso, el nivel de protección de la Directiva establece un mínimo de manera que los Estados miembros no podrán tomar medidas que no garanticen la protección establecida pero sí podrán dictar disposiciones más favorables (art. 14). Con el objeto de conseguir la transversalidad de la perspectiva de género, los Estados miembros tendrán en cuenta el objetivo de la igualdad en la elaboración y aplicación de todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas (art. 12).

## II. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Cuarta) de 29 de julio de 2010, Asunto C-577/08 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por el *arbeidshof te Antwerpen* (Bélgica), mediante resolución de 18 de diciembre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de diciembre de 2008, en el procedimiento entre *Rijksdienst voor Pensioenen* y *Elisabeth Brouwer*

La Sra. Brouwer, de nacionalidad y con domicilio belga, trabajó en los Países Bajos como trabajadora fronteriza desde el 15 de agosto de 1960 al 31 de diciembre de 1998. A partir del 1 de enero de 1999 dejó de trabajar y

empezó a percibir prestaciones en concepto de jubilación anticipada en Bélgica. Sin embargo, el 1 de junio de 2004 la Sra. Brouwer impugnó el importe de la pensión que le había sido concedido por entender que su cálculo se basaba en salarios ficticios y/o globales que, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 31 de diciembre de 1994, eran inferiores para las trabajadoras que para sus colegas masculinos.

El Gobierno belga alegó en sus observaciones escritas que no existía tal discriminación por cuanto en dicho periodo existía una diferencia considerable entre trabajadores y trabajadoras, empleados en diferentes sectores, en lo que respecta a la retribución, a menudo con un plan de trabajo reducido para las mujeres todo lo cual se traducía en que la retribución que había que tomar en consideración para el cálculo de los salarios medios sobre los que determinar las pensiones era diferente. Sin embargo, el Gobierno belga cambió su postura en la vista reconociendo la existencia de una desigualdad de trato y afirmó que se habían llevado a cabo las gestiones oportunas para su corrección y para adecuarse a la Directiva 79/7. Solicitaba, además, que se limitaran en el tiempo los efectos de la sentencia dado que concurrían los requisitos de buena fe en el supuesto de interpretación errónea de una disposición de Derecho comunitario y la existencia de un riesgo de repercusiones económicas graves de dicha sentencia para el Estado miembro en cuestión.

El Tribunal entiende que durante el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1984 y el 31 de diciembre de 1994, aunque no antes, el reino de Bélgica incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 79/7 en lo que respecta al cálculo de pensiones de jubilación al aplicar, hasta el 1 de enero de 1995, para un mismo trabajo o trabajo de igual valor un método de cálculo discriminatorio basado en salarios diarios ficticios y/o globales superiores para los trabajadores fronterizos masculinos que los utilizados en el caso de las trabajadoras fronterizas. Por ello, concluye que el art. 4.1 de la Directiva 79/7 se opone a la normativa nacional belga analizada. Entiende además que no pueden limitarse en el tiempo los efectos de la sentencia pues no se ha demostrado la existencia de una incertidumbre objetiva en cuanto al alcance del art. 4.1 de la Directiva 79/7 y que, limitar los efectos sobre la base de la mera existencia de repercusiones económicas graves, supondría un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que los particulares obtienen del Derecho comunitario.

STJUE (Sala Tercera) de 15 de julio de 2010, asunto C-70/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución de 21 de enero de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2009, en el procedimiento entre Alexander Hengartner, Rudolf Gasser y Landesregierung Vorarlberg

El 8 de enero de 2002 los Sres. Hengartner y Gasser, nacionales suizos, celebraron con una sociedad de caza un contrato de arrendamiento de un coto de caza sito en Austria por una duración de seis años reuniéndose allí periódicamente para cazar. Mediante resolución de la Administración tributaria del Land de Vorarlberg de 1 de abril de 2007 se giró a los demandantes en el litigio principal liquidación del impuesto sobre la caza aplicándoseles un tipo de gravamen del 35 % de la base imponible. Los demandantes iniciaron acciones administrativas y judiciales por entender que la caza constituye una

actividad económica y por ello, para evitar una discriminación por nacionalidad, se les debía haber aplicado un tipo de gravamen del 15 %.

La Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, firmaron, entre otros, el Acuerdo sobre la libre circulación de personas (LCEur 2002/1102) uno de cuyos objetivos es conceder a favor de los nacionales de los Estados miembros y de la Confederación Suiza, un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las partes contratantes, y en particular liberalizar la prestación de servicios de corta duración. Mediante la cuestión prejudicial se solicita que se dilucide si las disposiciones del acuerdo se oponen a que un Estado miembro perciba de los ciudadanos suizos un impuesto regional cuando el tipo de gravamen que se aplica a estos últimos es más elevado que aquél al que están sujetos los nacionales de los Estados miembros de la Unión.

El art. 2 del Acuerdo contempla el principio de no discriminación pero no prohíbe con carácter general y absoluto toda discriminación de los nacionales de una de las partes contratantes que residen en el territorio de la otra parte sino únicamente las discriminaciones basadas en la nacionalidad siempre que la situación de dichos nacionales esté incluida dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones de los anexos I a III del mismo Acuerdo. Y en ellos no existe ninguna norma específica cuya finalidad sea que los destinatarios de servicios se beneficien del principio de no discriminación en el marco de la aplicación de normas tributarias relativas a transacciones comerciales que tienen por objeto una prestación de servicios.

A mayor abundamiento el Tribunal declara que la Confederación Suiza no se adhirió al mercado interior de la Comunidad, que tiene por objeto suprimir todos los obstáculos para crear un espacio de libertad total de circulación que comprende, entre otras cosas, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. Por ello, la interpretación de las normas de Derecho comunitario relativas a dicho mercado interior no puede extenderse automáticamente a la interpretación del Acuerdo salvo que él mismo contenga disposiciones expresas en ese sentido.

Por consiguiente, el Tribunal concluye que las disposiciones del Acuerdo no se oponen a que un nacional de una de las partes contratantes sea sometido en el territorio de la otra parte contratante, en cuanto destinatario de servicios, a un tratamiento diferente al que reciben las personas que tienen su residencia principal en dicho territorio, los ciudadanos de la Unión y las personas que se asimilan a éstos en virtud del derecho de la Unión, en lo que atañe a la recaudación de un impuesto que grava una prestación de servicios, como es la cesión de un derecho de caza.

STJUE (Sala Tercera) de 1 de julio de 2010, asunto C-194/08, que tiene por objeto una petición de decisión planteada, con arreglo art. 234 CE, por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución de 28 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de mayo del 2008, en el procedimiento entre Susanne Gassmayr y Bundesminister für Wissenschaft und Forschung

La demandante trabajó desde el 1 de enero de 1995 como médico interno en la clínica universitaria de anestesia de la Universidad de Graz donde percibía un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de

trabajo durante las horas extraordinarias que efectuaba además de las ordinarias. Mediante escrito de 9 de febrero de 2004, dirigido a su empresario, la demandante expuso que, aunque durante el periodo de prohibición de trabajar debido a su condición de mujer embarazada y después a causa del permiso de maternidad, no le fue posible prestar los servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, tenía derecho a reclamar el pago de un complemento correspondiente al promedio de las prestaciones realizadas de disponibilidad en el lugar de trabajo. Dicha solicitud fue denegada por el empresario.

El Tribunal nacional plantea al TSJUE si el art. 11 puntos 1, 2 y 3 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992/3598), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia tiene eficacia directa y, de ser ello así, si deben interpretarse estas disposiciones en el sentido de que durante el periodo de prohibición de trabajar por embarazo o por maternidad se mantiene el derecho a percibir un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

El TSJUE declara que, según reiterada jurisprudencia, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, ya sea porque éste no haya adaptado el derecho nacional a la directiva en el plazo señalado o bien porque lo haya hecho de forma incorrecta. Las disposiciones del art. 11 puntos 1, 2 y 3 de la Directiva 92/85 cumplen los requisitos necesarios para tener efecto directo por lo que crea a favor de los particulares derechos que éstos pueden invocar frente a un Estado miembro que no haya adaptado la legislación nacional a la directiva o lo haya hecho incorrectamente, derechos que los tribunales nacionales están obligados a proteger.

Sin embargo, afirma que el análisis de dicho art. 11 de la Directiva 92/85 y del objetivo de protección de seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o está en periodo de lactancia, pone de manifiesto que una trabajadora embarazada como la del litigio que está dispensada provisionalmente de trabajar y cuya remuneración correspondiente al salario anterior a dicha dispensa se compone de un salario base y ciertos complementos, entre ellos el de la obligación de disponibilidad, no tiene derecho en virtud de dicha disposición al pago de dichos complementos. Ahora bien, si bien es cierto que dicha interpretación permite cierto margen de apreciación a los Estados miembros para definir las condiciones de remuneración, no puede nunca comprometer el mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada pues de lo contrario se vulnerarían los objetivos de la Directiva.

Las mismas consideraciones hace el Tribunal respecto de la percepción de dicho complemento durante el permiso por maternidad pues conforme al art. 11 puntos 2 y 3 de la Directiva 92/85, el empresario debe garantizar durante el permiso de maternidad el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada, y los ingresos garantizados a la trabajadora durante ese permiso, ya se abonen como una prestación, como una remuneración o como una combinación de ambas. Cuando un trabajador dis-

fruta de un permiso de maternidad la protección mínima exigida por la Directiva 92/85 en su art. 11.2 y 3, no supone, por tanto, el mantenimiento íntegro de la remuneración de la interesada ni el pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo sino el mantenimiento de una remuneración adecuada. Por ello, una obligación nacional en ese sentido no es contraria al art. 11 de la Directiva 92/85.

### III. Otros documentos

Comunicación de la Comisión, por la que se hace una Declaración de la Comisión Europea con motivo de la Internacional de 2010 Día de la Mujer en conmemoración del 15.º aniversario de la adopción de una Declaración y Plataforma de Acción en la Conferencia Mundial de Beijing sobre la mujer de las Naciones Unidas y del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer

La Comisión declara como principios a seguir para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres:

1. Igual independencia económica. La discriminación, los estereotipos educacionales, segregación del mercado laboral, condiciones de empleo precarias, trabajo a tiempo parcial involuntario y el desequilibrio en la responsabilidad de las cargas familiares afectan a las oportunidades vitales y la independencia económica de las mujeres. Por ello, debe asegurarse que las mujeres utilizan todo su potencial y habilidades para facilitar una mejor distribución de género en el mercado de trabajo y la realización de trabajos de mayor calidad por las mujeres.

2. Igualdad de salario a igual trabajo o trabajo de igual valor. Las mujeres en la UE todavía perciben un 18% menos de remuneración por hora trabajada lo cual repercute en su vida laboral pero también en su jubilación, en el acceso a la financiación y en el mayor riesgo de pobreza. La Comisión reitera su compromiso para la promoción de instrumentos legislativos y extralegislativos para eliminar las diferencias salariales por género.

3. Igualdad en la toma de decisiones. La Comisión afirma que la mujer todavía no tiene acceso en condiciones de igualdad a los puestos de poder y toma de decisiones. Por ello, se compromete a utilizar sus facultades, incluidas las medidas de incentivos de la Unión, para promover el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y que ello tenga reflejo también en la propia Comisión.

4. Dignidad, integridad y fin de la violencia de género. La Comisión reitera su compromiso en la garantía de los derechos fundamentales y en la eliminación de desigualdades de género en el acceso a los servicios de salud. Europa no puede permitir la violencia de género y por ello debe procurar una comprehensiva y efectiva estructura policial para evitarla. Europa debe luchar contra la mutilación genital y otras formas de violencia.

5. Igualdad de género más allá de la Unión. El objetivo de la igualdad no debe limitarse al ámbito de la Unión Europea sino que debe incorporarse también en las relaciones de política exterior con otros Estados.

## VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER POU DE AVILÉS SANS \*

### 1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Auto de 15 de septiembre de 2008, en el procedimiento entre Padawan, S.L. y Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), y en el que participan: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes – Sociedad de Gestión de España (AIE), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO)

1) El concepto de «compensación equitativa», que figura en un precepto de una directiva que no efectúa ninguna remisión a los Derechos nacionales, debe considerarse un concepto autónomo de Derecho de la Unión y ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta. Si bien los Estados miembros pueden, en virtud del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, decidir con carácter facultativo acerca del establecimiento de una excepción de copia privada al derecho exclusivo de reproducción del autor, consagrado por el Derecho de la Unión, aquellos que utilicen dicha facultad deben regular el abono de una compensación equitativa a favor de los autores perjudicados por la aplicación de dicha excepción. Ahora bien, una interpretación según la cual los Estados miembros que han establecido tal excepción idéntica, prevista por el Derecho de la Unión y que incluye como elemento esencial, a tenor de los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de dicha Directiva, el concepto de «compensación equitativa», tienen libertad para precisar los parámetros de forma incoherente y no armonizada, susceptible de variar de un Estado miembro a otro, sería contraria al objetivo de dicha Directiva, indicado en el apartado anterior.

2) El concepto y la cuantía de la compensación equitativa están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida. Desde esta perspectiva, la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor. De ello se deduce que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 ha de interpretarse en el sentido de que el «justo equilibrio» que debe respetarse entre los afectados implica que la compensación

\* Profesor Asociado de Derecho Civil U. Autónoma de Barcelona. Abogado.

equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.

3) La aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto, citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29. En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas mediante aquéllos ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas. En efecto, se presume legítimamente que dichas personas físicas se benefician íntegramente de tal puesta a disposición, es decir, se supone que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos, incluida la de reproducción. De ello se desprende que la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando dichos equipos o aparatos se hayan puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados. Esta interpretación se ve confirmada por el tenor del trigésimo quinto considerando de la Directiva 2001/29. Éste menciona, como criterio útil para determinar la cuantía de la compensación equitativa, no simplemente el «daño» como tal, sino el «posible» daño. El carácter potencial del perjuicio causado a los autores de obras protegidas reside en la realización del requisito previo necesario, consistente en la puesta a disposición de una persona física de equipos o aparatos que permitan efectuar copias, lo cual no tiene que dar lugar necesariamente a la realización efectiva de copias privadas.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29.

## 2. Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas

STPICE (Sala 2.<sup>a</sup>), de 22 de junio de 2010, asunto T-255/08, que tiene por objeto un recurso interpuesto contra la resolución de la Segunda Sala de Recurso de la OAMI de 1 de marzo de 2008 (asunto R 516/2007-2), relativa a un procedimiento de oposición entre la Sra. Eugenio Montero Padilla y el Sr. José María Padilla Requena

1) El derecho de autor no puede constituir un «signo utilizado en el tráfico económico», en el sentido del artículo 8, apartado 4, del Reglamento n.º 40/94. En efecto, del sistema del artículo 52 de dicho Reglamento (actualmente artículo 53 del Reglamento n.º 207/2009) se desprende que un derecho de autor no es un signo de esta índole. Esta última disposición establece, en su apartado 1, letra c) (actualmente artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 207/2009, que una marca comunitaria se declarará nula cuando exista un derecho anterior contemplado en el artículo 8, apartado 4, y se cumplan las condiciones enunciadas en dicho apartado. El apartado 2, letra c), del mismo artículo (actualmente artículo 53, apartado 2, letra c), del Reglamento n.º 207/2009) dispone que una marca comunitaria también se declarará nula si su uso puede prohibirse en virtud de «otro» derecho anterior y en particular de un derecho de autor. De ello se sigue que el derecho de autor no forma parte de los derechos anteriores a que se refiere el artículo 8, apartado 4, del Reglamento n.º 40/94

2) En lo que atañe al Derecho de la Unión, en el presente caso basta señalar que, en el marco de un procedimiento de oposición, los derechos de autor no pueden ser invocados como fundamento de una oposición al registro de una marca comunitaria. De ello se sigue que los derechos de autor sobre la obra de José Padilla de los que es titular la demandante no pueden oponerse al registro de la marca comunitaria solicitada, («Jose Padilla») ni en virtud del Derecho español, ni en virtud del Derecho comunitario.

## 3. Resoluciones del Parlamento Europeo

Resolución del Parlamento Europeo de 24 de marzo de 2009, sobre los estudios artísticos en la Unión Europea (2010/C 117 E/04) (DOUE de 6 de mayo de 2010)

El Parlamento Europeo pide al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros que: 1.º Reconozcan la importancia de promover la educación artística y la creatividad en el contexto de una economía basada en el conocimiento, de acuerdo con la Estrategia de Lisboa; 2.º Definan el papel de la educación artística como herramienta pedagógica esencial para revalorizar la cultura en un mundo globalizado y multicultural; 3.º Establezcan estrategias comunes para la promoción de políticas de educación artística y de formación del profesorado especializado en esta disciplina; 4.º Reconozcan el importante papel de los artistas en la sociedad y la necesidad de fijar competencias específicas para la enseñanza artística en el proceso educativo; 5.º Animen a los representantes nacionales en el recién creado Grupo de Tra-

bajo de Educación y Cultura en el marco del Método Abierto de Coordinación (MAC) a examinar el cometido de las artes en los diferentes contextos educativos (formal, informal y no formal) y en todos los niveles educativos (desde maternal a la formación profesional y la educación superior artística), así como la formación necesaria para los profesores especializados; 6.º Animen a los representantes nacionales en los grupos de trabajo sobre las industrias culturales del MAC a abordar como tema central la formación profesional y el desarrollo profesional continuo de artistas, gestores, profesores, facilitadores y otros profesionales del sector cultural; 7.º Pidan a las partes interesadas pertinentes de la sociedad civil que compartan sus conocimientos y pericias en este ámbito con vistas al proceso en curso en el MAC; 8.º Mejoren la impartición de formación profesional en el sector artístico reconociendo la educación superior artística en todos los tres niveles descritos en la declaración de Bolonia (graduado, maestría, doctorado), mejorando así la movilidad de los artistas dentro de la Unión Europea; 9.º Prevean mecanismos especiales para promover la educación artística en el contexto del programa cultural plurianual; 10.º Reconozcan la importancia de las actividades artísticas colectivas y aficionadas.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2009, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines. (2010/C 184 E/69) (DOUE de 8 de julio de 2010)

El Parlamento Europeo, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifique la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, encarga a su Presidente que transmita la Posición del Parlamento al Consejo y a la Comisión que consiste, en resumen, en la modificación de la Directiva 2006/116/CE en los siguientes términos fundamentales:

a) El plazo de protección de una composición musical con letra expirará en setenta años tras el fallecimiento de la última de las siguientes personas: el autor de la letra y el compositor de la composición musical. Si, dentro de dicho periodo, se comunica lícitamente al público por un medio distinto al fonograma, los derechos expirarán cincuenta años después de la fecha de la primera comunicación al público, o setenta años desde dicha fecha si se comunica mediante fonograma.

b) Reconocer el Derecho del artista intérprete o ejecutante de poner fin al contrato de concesión si el productor no pone a la venta un número suficiente de copias de un fonograma, o no lo pone a disposición del público, transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o desde su comunicación lícita al público.

c) Reconocer el Derecho del artista intérprete o ejecutante de percibir una remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o desde la comunicación lícita al público. Dicha remuneración será igual al 20% de los ingresos obtenidos por el productor de fonogramas en el año precedente.

#### 4. Convenios Internacionales

Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

En el BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010, se publicó el Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI por parte del estado español, convenio que entró en vigor para España el 14 de marzo de 2010.

Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas

En el BOE núm. 148, de 18 de junio de 2010, se publicó el Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI por parte del estado español, convenio que entró en vigor para España el 14 de marzo de 2010.

#### 5. Supervisor Europeo de Protección de Datos

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 22 de febrero de 2010, sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) (2010/C 147/01) (DOUE de 5 de junio de 2010). Las conclusiones son las siguientes

a) El SEPD recomienda encarecidamente a la Comisión Europea que estable un diálogo público y transparente sobre el ACTA, posiblemente a través de una consulta pública, lo que también contribuiría a garantizar que las medidas que se vayan a adoptar sean conformes con las exigencias legales de la UE en materia de intimidad y protección de datos.

b) En el curso de las actuales negociaciones sobre el ACTA, el SEPD insta a la Comisión Europea a que logre un equilibrio adecuado entre las exigencias de protección de los derechos de propiedad intelectual y el derecho a la intimidad y la protección de datos. El SEPD insiste en que es especialmente importante que la intimidad y la protección de datos se tengan en cuenta desde el inicio de las negociaciones, antes de acordar cualquier medida, para no tener que buscar posteriormente soluciones alternativas conformes con la intimidad.

c) Aunque la propiedad intelectual es importante para la sociedad y debe ser protegida, no debe situarse por encima de los derechos fundamentales de las personas a la intimidad, la protección de datos y otros derechos como la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y la libertad de expresión.

d) En la medida en que el actual proyecto de ACTA incluye o, al menos indirectamente, impulsa las políticas de desconexión de internet al tercer aviso, el ACTA limitaría en gran medida los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos, en particular la protección de los datos personales y la intimidad.

e) En opinión del SEPD, las políticas de desconexión de internet al tercer aviso no son necesarias para lograr el propósito de garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. El SEPD está convencido de que existen soluciones alternativas menos intrusivas o, al menos, que las políticas previstas se pueden ejecutar de una manera menos intrusiva o con un alcance más limitado, especialmente por medio de la supervisión selectiva ad hoc.

f) Las políticas de desconexión de internet al tercer aviso también son problemáticas en un nivel jurídico más detallado, en particular debido a que el tratamiento de datos judiciales, en especial a través de organizaciones privadas, debe basarse en un fundamento jurídico adecuado. Asimismo, la operación de los sistemas de tres avisos puede suponer el almacenamiento de ficheros de registro durante un plazo más largo, lo que sería contrario a la legislación vigente.

g) Además, en la medida en que el ACTA implique intercambios de datos personales entre autoridades y/o organizaciones privadas situadas en los países firmantes, el SEPD insta a la UE a que aplique garantías apropiadas. Estas garantías deben aplicarse a todas las transferencias de datos realizadas en el contexto del ACTA –ya sea en materia de derecho civil o penal o en el ámbito digital– y deben ser conformes con los principios de protección de datos establecidos en el Convenio n.º 108 y la Directiva 95/46/CE. El SEPD recomienda que dichas garantías adopten la forma de acuerdos vinculantes entre los remitentes de la UE y los destinatarios de países terceros.

h) Además, el SEPD desea ser consultado sobre las medidas que deban aplicarse con respecto a las transferencias de datos que se realicen al amparo del ACTA, a fin de comprobar que son proporcionadas y que garantizan un nivel de protección de datos adecuado.

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 18 de marzo de 2010, acerca de la promoción de la confianza en la sociedad de la información mediante el impulso de la protección de datos y la privacidad. (2010/C 280/01) (DOUE de 16 de octubre de 2010). Las conclusiones son las siguientes

a) La confianza, o más bien la falta de confianza, se considera una cuestión básica en la aparición y el despliegue adecuado de tecnologías de la información y la comunicación. Si las personas no confían en las TIC, es probable que estas tecnologías fracasen. La confianza en las TIC depende de diferentes factores; garantizar que estas tecnologías no minen los derechos fundamentales de privacidad y protección de los datos personales es uno de los más importantes.

b) Para seguir reforzando el marco jurídico de la protección de los datos y la privacidad, cuyos principios son completamente válidos en la sociedad de la información, el SEPD propone a la Comisión integrar la privacidad desde el diseño en diferentes niveles de la ley y la elaboración de políticas.

c) El SEPD recomienda a la Comisión seguir cuatro líneas de acción:

- Proponer que en el marco jurídico de la protección de datos se incluya una disposición general sobre privacidad desde el diseño. Esta disposición debería ser neutral desde el punto de vista tecnológico y de cumplimiento obligatorio en las diferentes fases;
- Elaborar esta disposición general en disposiciones concretas cuando se propongan instrumentos jurídicos concretos en los diferentes sectores. Estas disposiciones concretas ya se podrían incluir en instrumentos legales, basándose en el artículo 17 de la Directiva sobre protección de datos (y otras leyes existentes);
- Incluir la PdD en la Agenda Digital Europea como principio rector;
- Introducir la PdD como principio en otras iniciativas de la UE (principalmente, no legislativas).

d) En tres ámbitos concretos de las TIC, el SEPD recomienda a la Comisión evaluar la necesidad de presentar propuestas para concretar la aplicación del principio de privacidad desde el diseño:

- En relación con la identificación por radiofrecuencia (RFID), proponer medidas legislativas que regulen las principales cuestiones relativas al uso de la RFID en caso de que fracase la aplicación efectiva del marco jurídico existente mediante autorregulación. En particular, establecer el principio de consentimiento expreso en el punto de venta, según el cual todas las etiquetas de RFID que lleven los productos destinados al consumo se desactivarían por defecto en el punto de venta salvo que el usuario hubiese consentido expresamente a mantenerlas activas;
- En relación con las redes sociales, preparar legislación que incluya, como mínimo, una obligación general de establecer parámetros de privacidad, acompañada de exigencias más concretas, sobre la restricción del acceso a los perfiles de usuario a los contactos seleccionados por el propio usuario, y disponer que los perfiles de acceso restringido no se puedan encontrar con motores de búsqueda internos o externos;
- En relación con la publicidad *on-line*, estudiar una legislación que obligue a que los parámetros del navegador rechacen por defecto las *cookies* de terceras partes y obliguen a los usuarios a pasar por un asistente de privacidad cuando instalen el navegador por primera vez o lo actualicen.

e) Por último, el SEPD sugiere a la Comisión que estudie la posibilidad de incluir el principio de responsabilización en la Directiva de protección de datos existente y que desarrolle un marco de normas y procedimientos para aplicar las disposiciones relativas a la notificación de violaciones de seguridad incluidas en la Directiva sobre privacidad, y ampliarlas para que se apliquen en general a todos los responsables del tratamiento.

## VIII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA \*

### I. Legislación

#### A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Reglamento (UE) n.º 583/2010 de la Comisión de 1 de julio de 2010 por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los datos fundamentales para el inversor y a las condiciones que deben cumplirse al facilitarse esos datos o el folleto en un soporte duradero distinto del papel o a través de un sitio web Texto pertinente a efectos del EEE (DOUE número L176 de 10/07/2010, pp. 1-15)

La Directiva 2009/65/CE define los principios fundamentales que han de guiar la elaboración y divulgación de los datos fundamentales para el inver-

---

\* Profesora contratada doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

sor. No obstante, los pormenores en cuanto al contenido y el formato de dicha información se dejaron pendientes de una ulterior concreción a través de disposiciones de aplicación lo bastante precisas como para garantizar que los inversores reciban la información que necesiten en relación con estructuras de fondos específicas. Para llevar a cabo tal concreción se optó por un Reglamento, pues sólo este tipo de acto puede garantizar la armonización del contenido íntegro de los datos fundamentales que han de proporcionarse a los inversores. Por otra parte, la eficacia del documento de datos fundamentales para el inversor será mayor si está sujeto a idénticos requisitos en todos los Estados miembros, de forma que se garantice la coherencia y comparabilidad de la información referente a las posibilidades de inversión (Cdos. 1 y 2 Reglamento 583/2010).

Respecto del contenido, el art. 20.1.º e) Reglamento 583/2010 establece que la sección «Información práctica» del documento de datos fundamentales para el inversor contendrá la siguiente declaración para los inversores en todos los Estados miembros en los que se comercialice el OICVM (organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios): «[Insértese el nombre de la sociedad de inversión o de la sociedad de gestión] únicamente incurrirá en responsabilidad por las declaraciones contenidas en el presente documento que resulten engañosas, inexactas o incoherentes frente a las correspondientes partes del folleto del OICVM.»

Conforme a su art. 39, el presente Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y será aplicable a partir del 1 de julio de 2011 [cfr. cdo (18): A fin de permitir que las sociedades de gestión y sociedades de inversión se adapten de manera eficiente y eficaz a los nuevos requisitos establecidos en el presente Reglamento, resulta oportuno que la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento coincida con la de transposición de la Directiva 2009/65/CE].

Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante (DOUE número L 207 de 6/8/2010, páginas 14 a 29)

La generalización e incremento del trasplante de órganos humanos, en especial, en las dos últimas décadas, lleva a plantear la exigencia de calidad y seguridad que permitan minimizar para los receptores los riesgos asociados a los órganos trasplantados, especialmente, el riesgo de transmisión de enfermedades. De ahí la necesidad de adoptar medidas preventivas durante la obtención, transporte y utilización de los órganos (*vid.* Cdos. 1-3).

La adopción de estas medidas en el ámbito comunitario se justifica por el intercambio de órganos entre Estados miembros. Ahora bien, para reducir los riesgos y maximizar las ventajas del trasplante, los Estados miembros tienen que disponer de un marco efectivo de calidad y seguridad, que debe aplicarse y mantenerse en todas las etapas desde la donación hasta el trasplante o la eliminación, y debe abarcar al personal sanitario, la organización, las instalaciones, el equipo, los materiales, la documentación y el registro de datos de que se trate (Cdos. 4-6).

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la Directiva 2010/53/UE contempla la trazabilidad, los eventos adversos, y los requisitos del consentimiento. Así, el art. 10 prevé que los Estados miembros velarán por que todos los órganos obtenidos, asignados y trasplantados en su territorio puedan trazarse del donante al receptor y viceversa, para proteger la salud de donantes

y receptores. Respecto de los eventos y reacciones adversos graves, el art. 11 dispone que los Estados miembros velarán por que exista un sistema para notificar, investigar, registrar y transmitir la información pertinente y necesaria sobre los eventos adversos graves que puedan influir en la calidad y seguridad de los órganos y sean atribuibles a la evaluación, la caracterización, la obtención, la preservación y el transporte de órganos, así como cualquier reacción adversa grave observada durante el trasplante o después del mismo que pueda relacionarse con esas actividades. En materia de consentimiento, el art. 14 establece que sólo procederá la obtención de órganos una vez cumplidos todos los requisitos de consentimiento, autorización o ausencia de toda objeción vigentes en el Estado miembro en cuestión.

Finalmente, se presta atención especial a la calidad y la seguridad de la donación en vida (art. 15), de modo que los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la máxima protección posible de los donantes vivos con el fin de asegurar plenamente la calidad y la seguridad de los órganos para el trasplante. En este sentido, los Estados miembros se esforzarán por llevar a cabo un seguimiento de los donantes vivos y contarán con un sistema acorde con las normas nacionales a fin de identificar, notificar y gestionar cualquier evento que pueda estar relacionado con la calidad y seguridad del órgano donado y, por consiguiente, con la seguridad del receptor, así como toda reacción adversa grave del donante vivo que pueda derivarse de la donación.

De acuerdo con el art 31, los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 27 de agosto de 2012, sin perjuicio de que cualquier Estado miembro mantenga o introduzca normas más estrictas, siempre que se ajusten a las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte (DOUE número L 207 de 6/8/2010, 1-13)

A la vista de los problemas medioambientales y sociales ocasionados por la creciente congestión de las infraestructuras viarias y el aumento del consumo de energía debidos al incremento del volumen de transporte por carretera en la Unión, al crecimiento de la economía europea y a las necesidades de los ciudadanos en el ámbito de la movilidad, la Unión apuesta por la utilización de sistemas de transporte inteligentes (STI). Los STI son aplicaciones avanzadas que proporcionan servicios innovadores en relación con los diferentes modos de transporte y la gestión del tráfico y permiten a los distintos usuarios estar mejor informados y hacer un uso más seguro, más coordinado y «más inteligente» de las redes de transporte (Cdos. 1 y 3 Directiva 2010/40/UE).

A propósito de su implementación y uso, los Estados miembros velarán por que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, se aborden de acuerdo con el Derecho de la Unión, en particular la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como con la normativa nacional pertinente (art. 11 Directiva 2010/40/UE).

**B. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS**

Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria (BOE núm. 159 de 1/7/2010, 57586-57625)

La auditoría de cuentas es un servicio que, prestado a la entidad auditada, afecta e interesa no sólo a ésta, sino también a terceros que se relacionen o puedan relacionarse con la misma, habida cuenta que todos pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas, sin que pueda limitarse su uso y distribución.

La presente Ley, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (salvo la modificación introducida en el artículo 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, disposición final sexta) incorpora la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (disposición final tercera).

En un contexto de creciente globalización e internacionalización, la Directiva 2006/43/CE pretende alcanzar una mayor armonización de los requisitos que se exigen para el ejercicio de la actividad de auditoría en el ámbito de la Unión Europea, así como de los principios que deben regir el sistema de supervisión pública en dicho ámbito.

En materia de responsabilidad civil de los auditores, la Comisión Europea –siguiendo el mandato de la Directiva 2006/43/CE– elaboró un informe sobre el impacto de las normas nacionales vigentes en esta materia en la realización de auditorías sobre los mercados europeos de capitales y sobre los regímenes de seguro de los auditores; informe que sirvió de base para la Recomendación de 5 de junio de 2008, en la que la Comisión aconseja a los Estados miembros que se limite la responsabilidad de los auditores que realicen la auditoría de las sociedades cotizadas, salvo en los casos de incumplimiento deliberado, tanto frente a la auditada como frente a terceros, sin impedir que las partes perjudicadas obtengan un resarcimiento justo.

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 12/2010, esta Recomendación inspira el art. 11 (Responsabilidad civil), según el cual, los auditores de cuentas y sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las siguientes particularidades.

En primer lugar (art. 11.2.º), la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional. La responsabilidad civil del auditor de cuentas será exigible en forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero.

En este sentido, el art. 2.3.º (Informe de auditoría de cuentas) establece que el informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por éstos. No

obstante, el auditor de cuentas que realice la auditoría de cuentas o de documentos contables consolidados asume la plena responsabilidad del informe de auditoría emitido, aun cuando la auditoría de las cuentas anuales de las sociedades participadas haya sido realizada por otros auditores (art. 4.2.º).

En segundo lugar (art. 11.3.º), cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, tanto el citado auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad. Propiamente, este precepto no constituye una particularidad, sino la aplicación de lo dispuesto por el art. 11 (Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales) de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a las sociedades de auditoría (cfr. disposición adicional segunda LSP, sobre extensión del régimen de responsabilidad).

En tercer lugar (art. 11.4.º), la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor y de la sociedad auditora prescribirá a los cuatro años de la fecha del informe. El preámbulo de la Ley 12/2010 explica que el plazo para exigir responsabilidad al auditor se equipara al establecido para los socios gerentes y administradores de las entidades mercantiles. Expresamente, sólo se contempla la responsabilidad contractual, por lo que la responsabilidad extracontractual, en principio, no se verá afectada por esta limitación temporal. La cuestión es también importante en relación con la obligación los auditores de asegurar su responsabilidad (art. 12 Fianza).

## II. Jurisprudencia

### A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea – Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 29 de julio de 2010 (asunto C-377/09).—En relación con una petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunal de commerce* de Bruselas (Bélgica), a propósito de la determinación de la jurisdicción competente, se señala que el hecho de que la normativa nacional en la que se basa una acción de responsabilidad extracontractual dirigida contra la Comunidad constituya un régimen legal especial, diferente del régimen común del Estado miembro en cuestión en materia de responsabilidad civil, no puede dar lugar a la exclusión de dicha acción del ámbito de aplicación del artículo 235 CE; así, la tesis de la demandante en el litigio principal, según la cual, además de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual en el sentido del artículo 288 CE, párrafo segundo, existe una tercera categoría de responsabilidad que, en virtud del artículo 240 CE, sería competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, carece de fundamento.

### B. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información alojamiento o almacenamiento de datos.—Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 mayo de 2010. El tribunal aplica la doctrina contenida en la STS de 9 de diciembre de 2009, sobre interpretación de los arts. 13.2.º y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación con los

arts. 15 y 16 de la Directiva 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. En concreto, sobre el conocimiento efectivo como requisito de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada, considera que no cabe declarar la responsabilidad pues la sociedad demandada no conocía ni podía conocer directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; y conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retiró el comentario sin tacha de negligencia.

## Crónica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio 2010-octubre 2010)

LEIRE MUGUETA GARCÍA \*

**Asunto Gutiérrez Suárez c. España (demanda 16023/07) sentencia de 1 de junio de 2010.** Art. 10 del CEDH (libertad de expresión y libertad de comunicar informaciones).

El demandante, residente en Madrid, es periodista. El 18 de diciembre de 1995, el periódico de tirada nacional «Diario 16», del que el demandante era director, publicó en portada una información relativa a la incautación en Algeciras de 4.638 kilos de hachís, ocultos un camión de la empresa de exportación de frutas «Dominios Reales» perteneciente a la familia real alauita. El artículo estaba anunciado en portada con el titular «Una empresa familiar de Hassan II implicada en el narcotráfico» y desarrollado en la página 12 bajo el subtítulo «Cinco toneladas de hachís descubiertas en un cargamento de la empresa de Hassan II». En el texto se aludía a artículos periodísticos de otros medios que hacían referencia al tráfico de drogas como principal fuente de divisas de Marruecos y señalaban como responsables a ciertas personalidades políticas marroquíes del círculo cercano al monarca.

El 31 de mayo de 1996, el rey Hassan II de Marruecos interpuso una demanda de protección del derecho al honor contra la empresa editora de «Diario 16», el demandante, director de dicho periódico, y el periodista autor del artículo objeto del litigio. El 25 de noviembre de 1997, el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid estimó la demanda, declarando que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del rey Hassan II. La sentencia concluyó que la información no era veraz, en la medida en que la implicación de la empresa «Dominios Reales» no pasaba de haber sido utilizada, sin su consentimiento, en una operación concreta de narcotráfico. Para el órgano judicial, resultaba tendenciosa la configuración del titular, que resaltaba en negrita las palabras «Hassan II» y «narcotráfico». El juez tuvo en cuenta, además, que el artículo pasaba por alto que la operación de tráfico de drogas en causa fue llevada a cabo por tres ciudadanos españoles sin ninguna vinculación con la empresa «Dominios Reales», conforme a una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz en 1996. Asimismo, el juez consideró que la información resultaba privada de interés público por el hecho de haber sido publicada meses después de que se llevara a cabo la incautación de la droga. El periodista autor del artículo, el demandante y la empresa editora fueron condenados a indemnizar al monarca marroquí con una cuantía a determinar en el momento de ejecución de la sentencia, por el daño moral causado, así como a publicar el texto de la sentencia en el periódico.

---

\* Letrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría.

Contra esta sentencia, el demandante y los otros condenados recurrieron en apelación. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de enero de 1999 confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. La Audiencia concluyó que la información publicada no era veraz, ya que no fue comprobada mediante el acceso a las diligencias de la Guardia Civil y el sumario de la causa penal casi concluido.

El demandante y el periodista autor del artículo interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 24 de junio de 2004, desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida. Consideró que la vulneración al honor se encontraba en los titulares y no propiamente en el contenido de la información.

El demandante y el periodista autor del artículo interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a la libertad de información garantizado por el artículo 20.1 d) de la Constitución. Por auto de 15 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 4 de abril de 2007. Invocando el artículo 10 CEDH, el demandante se quejaba de haber sido condenado vulnerando el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de comunicar informaciones, siendo veraz la información publicada en el periódico del que era director.

Examinando las circunstancias del caso, el TEDH admite que la información en litigio era de interés general, y considera que en la medida en que estaba siendo objeto de una investigación ante los tribunales penales españoles, podía dar lugar con anterioridad o al mismo tiempo, a discusiones en revistas especializadas, en la prensa de tirada nacional o en el seno del público en general.

El TEDH observa que las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal constitucional no mencionaban el carácter inexacto de la información para confirmar la condena del demandante, sino que hacían referencia a los titulares del artículo en litigio y a cierta información omitida en relación con los procesos policial y judicial en curso. A este respecto, el TEDH considera que hay que leer el titular de la información y su contenido, teniendo en cuenta tanto el carácter veraz de los hechos como el efecto de llamar la atención de los lectores perseguido con el titular. Recuerda en este sentido que la libertad periodística incluye el posible recurso a cierta dosis de exageración, incluso provocación. En lo que concierne a la falta alegada de detalles sobre los procesos en curso, el TEDH señala que el artículo publicado hacía referencia a las informaciones que disponía el periodista en el momento de escribirlo, y considera que no se podía exigir al autor que conociera el futuro resultado del proceso penal en curso, ni que buscara información policial y judicial que son de naturaleza reservada. En opinión del TEDH, cuando la prensa contribuye al debate público sobre cuestiones que suscitan una preocupación legítima, debe en principio poder apoyarse en fuentes no identificadas, sin tener que realizar búsquedas independientes, con el fin de que las informaciones difundidas sean veraces. Si no, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de «perro guardián». El TEDH no percibe razón alguna para dudar que el demandante actuara de buena fe y, por tanto, considera que los motivos invocados por las jurisdicciones nacionales no son convincentes.

Además, el TEDH considera que en este caso no existía un vínculo razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas a la libertad de

expresión del demandante y la finalidad legítima perseguida. Opina que la información en litigio no era susceptible de afectar a la reputación de una persona de manera tan grave, de forma que tuviera un peso importante en la balanza que exige el criterio de necesidad previsto en el artículo 10.2 CEDH. El TEDH concluye, por seis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 10 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión del Juez Zupančič manifestando su desacuerdo.

**Asunto Schalk et Kopf c. Austria (demanda núm. 30141/04), sentencia de 24 de junio de 2010.** Art. 12 del CEDH (derecho al matrimonio), Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Art. 14 CEDH (prohibición de discriminación).

Los demandantes, residentes en Viena, forman una pareja del mismo sexo. En septiembre de 2002, solicitaron ante la Oficina de Asuntos de Estado civil (*Standesamt*) la realización de los trámites para contraer matrimonio. La Oficina municipal de Viena (*Magistrat*) rechazó su solicitud, ya que dos personas del mismo sexo no podían casarse conforme a la legislación en vigor. Esta decisión fue confirmada posteriormente por el Gobernador provincial de Viena (*Landeshauptmann*) en abril de 2003.

Los demandantes interpusieron un recurso constitucional, alegando que la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio vulneraba sus derechos al respeto de la vida privada y familiar y a la no discriminación. En diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) rechazó el recurso, considerando que ni la Constitución Federal austriaca ni el Convenio europeo de Derechos Humanos requerían que el concepto de matrimonio, orientado a la posibilidad fundamental de la paternidad, fuera extendido a otra clase de relaciones. Además, el Tribunal consideró que el hecho de que las relaciones entre personas del mismo sexo estuvieran incluidas en el concepto de vida privada, y por tanto, disfrutaran de la protección del artículo 8 CEDH, que también prohíbe la discriminación por razones objetivas (artículo 14 CEDH), no creaba una obligación de modificar la regulación legal del matrimonio.

El 1 de enero de 2010 entró en vigor en Austria una Ley de Uniones Registradas que ofrece a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal que permite que se reconozcan estas relaciones, dotándolas de efectos jurídicos. Aunque esta norma reconoce a las uniones registradas la mayor parte de los derechos y obligaciones reconocidos a los matrimonios, persisten algunas diferencias. Por ejemplo, no se permite a estas parejas la adopción de un hijo, la adopción del hijo del otro miembro de la pareja, ni el recurso a la inseminación artificial.

El 5 de agosto de 2004, los demandantes presentaron su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 12 CEDH, se quejaban de la negativa de las autoridades austriacas a autorizarles a contraer matrimonio. Invocando el artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH, los demandantes se consideraban víctimas de una discriminación basada en su orientación sexual tanto por el hecho de no poder casarse, como porque antes de la entrada en vigor de la Ley de Uniones Registradas no tenían otra manera de reconocer legalmente su relación. El 25 de febrero de 2010, se celebró una vista pública en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo.

Por lo que respecta a la queja relativa al artículo 12 CEDH, el TEDH constata que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la cuestión del matrimonio homosexual. Observa también que a nivel de la Unión Europea, el artículo de la Carta de Derechos Fundamentales que consagra el derecho al matrimonio no habla de hombre y mujer, dejando así que sea cada Estado miembro el que decida si permite el matrimonio entre personas de un mismo sexo en su ordenamiento. El TEDH considera que las autoridades nacionales son las mejor situadas para valorar y responder a las necesidades sociales en la materia, ya que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente ancladas que difieren ampliamente de una sociedad a otra. El TEDH concluye que el artículo 12 CEDH no obligaba al Estado austriaco a permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, como la de los demandantes. Por tanto, concluye, por unanimidad, que no ha habido violación de este artículo.

En cuanto a la queja relativa al artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH, el TEDH considera que la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo, que viven juntos en una unión estable de facto, entra dentro del concepto de «vida familiar», exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación. El TEDH estima que las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para comprometerse en relaciones estables, por lo que se encuentran en una situación análoga en lo relativo a la necesidad de que su unión sea reconocida y protegida legalmente. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Convenio debe contemplarse como un todo, el TEDH no puede ignorar la conclusión a la que ha llegado en relación con el artículo 12 CEDH, por lo que no considera que la obligación de otorgar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo se deduzca del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH. Asimismo, dado que la entrada en vigor de la Ley de Uniones registradas permite ahora a los demandantes el reconocimiento legal de su relación, el TEDH no estima necesario pronunciarse sobre si la ausencia de mecanismos de reconocimiento jurídico para las parejas homosexuales constituye una violación del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH. El TEDH considera igualmente que no se puede reprochar al Estado austriaco que no hubiese adoptado antes la Ley sobre el concubinato oficial. A este respecto, el TEDH observa que pese a que en Europa está generándose un consenso sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, los Estados que otorgan reconocimiento legal a estas parejas no son aún mayoría. Finalmente, el TEDH no se pronuncia sobre las diferencias que establece la nueva ley entre la unión registrada y el matrimonio en lo relativo a los derechos de paternidad, ya que los demandantes no alegaron haber sido directamente afectados por estas restricciones que aún persisten en materia de adopción o inseminación artificial que, por otra parte, muestran una tendencia que existe también en otros países miembros del Consejo de Europa. El TEDH concluye, por cuatro votos contra tres, a la no violación del artículo 14 CEDH combinado con el artículo 8 CEDH.

Se adjuntan a la sentencia una opinión discrepante formulada por los Jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, y una opinión concordante de los Jueces Kovler y Malinverni.

**Asunto Tendam c. España (demanda núm. 25720/05), sentencia de 13 de julio de 2010.** Art. 6 del CEDH (presunción de inocencia) y Art. 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes).

El demandante es un ciudadano alemán nacido en 1937 y residente en Santa Cruz de Tenerife. En 1984, él y su esposa, de nacionalidad española, crearon una empresa de apicultura dedicada a la producción de miel.

El 25 de marzo de 1986, el demandante fue detenido en el marco de unas diligencias penales relativas al robo de varias colmenas de abejas. Al día siguiente, ingresó en prisión provisional, siendo puesto en libertad provisional el 6 de agosto de 1986, tras el pago de una fianza. Por sentencia de 12 de abril de 1993, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife condenó al demandante por un delito de robo a una pena de dos años y cuatro meses de prisión y al pago de una indemnización a la empresa de apicultura propietaria de las colmenas robadas. En apelación, la sentencia de 9 de septiembre de 1993 dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife anuló la sentencia de primera instancia y absolvió al demandante, considerando que no había resultado probado que hubiera cometido el delito imputado. En enero de 1994, la fianza fue devuelta al demandante.

En marzo de 1986, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de La Orotava abrió diligencias penales contra el demandante en el marco de las cuales fueron realizados varios registros en su domicilio y su taller de electrónica, durante los cuales fueron incautados bienes. Algunos de éstos bienes fueron devueltos a las personas que habían denunciado previamente su robo. La devolución fue realizada en tanto que depósito a la espera del resultado del proceso penal.

Concluida la instrucción, por sentencia de 29 de octubre de 1993, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife absolvió al demandante del delito de ocultación de bienes, tras la retirada de cargos del Fiscal durante la vista pública. El 19 de noviembre de 1993, el demandante solicitó la devolución de los bienes incautados durante la instrucción, recuperando parte de los bienes en enero de 1994. En el acta de restitución, firmada por el Secretario del Juzgado de instrucción, el demandante denunció la desaparición de algunos bienes y el deterioro de los recuperados. Posteriormente, el demandante solicitó sin éxito la devolución de otra parte de los bienes incautados.

El demandante, basándose en las disposiciones pertinentes de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), presentó una reclamación ante el Ministerio de Justicia, con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios. Por decisión de 17 de noviembre de 1995, el Ministerio de Justicia rechazó la reclamación del demandante. Respecto a la indemnización solicitada por los ciento treinta y cinco días pasados en prisión provisional, el Ministerio señaló que el demandante fue absuelto en apelación debido a la ausencia de pruebas suficientes para fundar su condena y no por la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo, por lo que no cumplía la exigencia enunciada en el artículo 294 LOPJ para tener derecho a una indemnización. En cuanto a la indemnización en concepto de mal funcionamiento de la justicia, el Ministerio consideró que el demandante no había aportado las pruebas necesarias para demostrar la desaparición o el deterioro de los bienes de los que decía ser propietario. Por otro lado, estimó que la entrega de ciertos bienes incautados a personas que decían ser sus propietarias estaba justificada en la medida en que se trataba de un proceso penal por robo.

Contra esta decisión, el demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional que lo desestimó por sentencia de 4 de febrero de 1998. Tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al artículo 294 LOPJ, confirmó íntegramente la decisión ministerial recurrida.

El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo que desestimó su recurso por sentencia de 27 de enero de 2003. En un voto particular, dos magistrados manifestaron que la carga de la prueba relativa a los bienes desaparecidos o deteriorados debía corresponder a la Administración de Justicia y no al demandante. Contra esta decisión, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile el 17 de enero de 2005.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 9 de julio de 2005. Invocando el artículo 6.2 CEDH, el demandante se quejaba del rechazo de las jurisdicciones españolas de acordarle la indemnización solicitada por el tiempo que pasó en prisión provisional. Asimismo, invocando el artículo 1 del Protocolo núm. 1, se quejaba de la desaparición y el deterioro de sus bienes incautados en el marco del proceso penal por ocultación. Por último, el demandante alegaba también la vulneración de los artículos 3, 5 y 8 del CEDH. Se quejaba de haber sido encarcelado preventivamente por un delito menor y de haber sido tratado como un vulgar delincuente por las autoridades españolas, así como de múltiples violaciones de su derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

En su sentencia de 13 de julio de 2010, el TEDH constata que el Ministerio de Justicia basó el rechazo de la indemnización solicitada por el demandante en el hecho de que éste había sido absuelto por la ausencia de pruebas de cargo suficientes. Aunque se basa en el artículo 294 de la LOPJ, el TEDH considera que esta motivación, sin matiz ni reserva, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante. Este razonamiento, que distingue entre una absolución por falta de pruebas y una absolución que resulta de la constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del imputado que debe de ser respetada por toda autoridad judicial, sean cuales fueren los motivos tenidos en cuenta por el juez penal. El TEDH observa igualmente que los tribunales internos se limitaron a confirmar el razonamiento del Ministerio de Justicia, sin remediar el problema planteado. Por consiguiente, el TEDH concluye, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 6.2 CEDH.

En cuanto a la queja del artículo 1 del Protocolo núm. 1, el TEDH considera, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que la carga de la prueba relativa a la situación de los bienes incautados concernía a la Administración de Justicia responsable de la conservación de los bienes durante todo el período de incautación y no al demandante, absuelto más de siete años después de la incautación. Al no haber presentado la Administración de Justicia ninguna justificación sobre la desaparición y el deterioro de los bienes incautados, los perjuicios causados le son imputables. El TEDH observa, además, que los tribunales internos que examinaron la reclamación del demandante no tuvieron en cuenta la responsabilidad de la Administración de Justicia en los hechos en causa, ni permitieron al demandante obtener una reparación por los perjuicios causados por la no conservación de los bienes incautados. En opinión del TEDH, al denegar la indemnización reclamada por el demandante, las autoridades nacionales hicieron que recayera sobre éste una carga desproporcionada y excesiva. Por tanto, el TEDH concluye, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Respecto a las quejas relativas a los artículos 3, 5 y 8 CEDH, el TEDH, tras examinar todos los elementos en su poder, no observa ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio. El TEDH rechaza estas quejas como manifiestamente mal fundadas en virtud del artículo 35.3 y 4 CEDH.

**Asunto Polanco Torres y Movilla Polanco c. España (demanda núm. 34147/06) sentencia de 21 de septiembre de 2010.** Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

La primera demandante es la madre de la segunda demandante e interviene en nombre propio. La segunda demandante interviene en nombre de su padre, C. M. magistrado y antiguo presidente de la sala civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, fallecido en 1998.

El Presidente de la Comunidad autónoma de Cantabria fue procesado por prevaricación y falsedad documental ante la sala del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria presidida por C. M. El 19 de mayo de 1994, el periódico de tirada nacional «El Mundo» publicó un artículo con el siguiente titular: «Familiares de la cúpula judicial cántabra operaron de forma irregular con Intra, según su contable». En dicho artículo se acusaba nominalmente a la primera demandante, identificada como esposa del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y a otras personas de estar implicadas en operaciones financieras irregulares llevadas a cabo con la sociedad Intra. La fuente de esta información eran unos disquetes informáticos que habían sido remitidos de forma anónima a la redacción del periódico, y que contenían presuntamente la contabilidad de la compañía Intra. Dicha contabilidad había desaparecido anteriormente de la compañía, que ejerció una acción penal contra su contable, al que despidió. El artículo citaba también como fuente las declaraciones del contable, quien había calificado las operaciones financieras en cuestión de irregulares y había descrito la práctica habitual de la compañía de ocultar la contabilidad de las operaciones al fisco. El artículo incorporaba un desmentido de la primera demandante negando rotundamente su relación con la compañía Intra. Exponía que el hecho de figurar en la contabilidad se debía probablemente a una maniobra del Presidente de la Comunidad autónoma de Cantabria para desacreditar a su marido, C. M.

Ese mismo día, el diario regional «Alerta» publicó un artículo que reproducía íntegramente el contenido del artículo publicado por el periódico «El Mundo».

La primera demandante y su esposo C. M. interpusieron una demanda de protección del derecho al honor contra la sociedad editora del periódico «El Mundo», su director, su presidente y el periodista autor del artículo objeto de litigio. Por sentencia de 6 de mayo de 1996, el Juez de Primera Instancia núm. 17 de Madrid estimó parcialmente su demanda, declarando que había habido una ingerencia ilegítima en el derecho al honor de C. M. y la primera demandante. El juez estimó que el periodista autor de la información no se había mostrado diligente ni había comprobado la veracidad de su fuente, ya que se había basado únicamente en las declaraciones del contable, sin adoptar medidas de verificación complementarias. La sociedad editora del periódico, su director y el periodista fueron condenados a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 4.000.000 pesetas (24.040,50 euros) en concepto de daño moral, y a publicar la sentencia en el diario. Esta sentencia fue integra-

mente confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid en una sentencia dictada el 5 de febrero de 1998.

En agosto de 1998, C. M. falleció. Posteriormente, por sentencia de 11 de abril de 2000, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la sociedad editora del periódico, su director y el periodista autor del artículo objeto de litigio.

Estos últimos interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal constitucional, alegando la violación de su derecho a la libertad de información garantizado por el artículo 20.1 d) CE. Por sentencia de 27 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado y declaró nulas las sentencias previamente dictadas por las jurisdicciones ordinarias. El Tribunal señaló que el periodista utilizó todas las posibilidades efectivas de contrastar la información, verificando la autenticidad de la contabilidad contenida en los disquetes informáticos acudiendo a la fuente de información más fiable, a saber el antiguo contable de la sociedad Intra. A diferencia de las jurisdicciones ordinarias, el Tribunal Constitucional consideró que el despido del contable no ponía en cuestión su fiabilidad, precisando que las eventuales responsabilidades derivadas de la ilegítima obtención de la información se exigirían por la vía que procediera, no constituyendo el objeto del juicio de ponderación realizado en amparo, ya que por muy ilegítima que pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor. Además, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que el periódico incorporó al artículo el desmentido de la primera demandante.

El periódico regional «Alerta» fue igualmente condenado por ingerencia ilegítima en el derecho al honor de C. M. y la primera demandante. Sin embargo, el recurso de amparo interpuesto por la sociedad editora de este periódico fue inadmitido por una resolución de 16 de noviembre de 2000. El Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que a diferencia del periodista autor del artículo de «El Mundo», «Alerta» no adoptó ninguna medida para contrastar la veracidad de la información, limitándose a reproducir el artículo de «El Mundo».

La demanda fue presentada ante el TEDH el 3 de agosto de 2006. Invocando el artículo 8 CEDH, alegaban que la decisión del Tribunal Constitucional atentaba contra su derecho al respeto de su vida privada, ya que lesionó su derecho al honor y a la buena reputación. Asimismo, invocaban el artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación) combinado con el artículo 8 CEDH, ya que el Tribunal constitucional otorgó el amparo solicitado en el caso de «El Mundo», y sin embargo inadmitió el recurso el presentado por «Alerta».

A la vista de la gravedad de las afirmaciones contenidas en el artículo de «El Mundo», el TEDH considera que a la hora de determinar si España ha respetado su obligación positiva de proteger la reputación y el honor de la demandante y su marido es necesario tener en cuenta no sólo el derecho al respeto a la vida privada de los interesados, sino también el derecho a la libertad de información de los periodistas.

En primer lugar el TEDH señala que la información contenida en el artículo es de interés general para el público español. El hecho de acusar directamente a unas personas determinadas, exigía por parte del periodista autor del artículo la obligación de proporcionar una base fáctica suficiente. A este respecto, el TEDH señala que al artículo en litigio se basaba en la comunicación de las informaciones contenidas en la contabilidad original de Intra. La autenticidad fue contrastada por el periodista con el antiguo contable de la compañía, cuyas manifestaciones se citaban entrecomilladas. De este modo, el periodista utilizó todas las posibilidades efectivas de las que disponía para

contrastar la veracidad de la información. Además, el periodista se puso en contacto con la primera demandante, dándole la posibilidad de comentar la información objeto de litigio. El periódico publicó el desmentido de la demandante en la misma página del artículo, ofreciendo así al público la ocasión de comparar las distintas versiones de las partes. Por estas razones, el TEDH considera que el artículo reunía los elementos característicos de un reportaje neutral. Asimismo, comparte los motivos expuestos por el Tribunal Constitucional para proteger la libertad de comunicar informaciones frente al derecho de las interesadas a la protección de su reputación, habida cuenta del particular interés general de la información en litigio y del cumplimiento por parte del periodista de su deber de diligencia. El TEDH concluye, por seis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 8 CEDH.

Por lo que respecta a la presunta discriminación sufrida por las demandantes, el TEDH considera que el recurso de «El Mundo» y el de «Alerta» ante el Tribunal Constitucional no son comparables, aunque se refieran a los mismos hechos y personas. A diferencia del periódico «El Mundo», el diario «Alerta» no verificó la autenticidad de las fuentes, limitándose a reproducir el artículo de «El Mundo» sin revelar su origen al lector. Por lo tanto, el TEDH estima que el diferente tratamiento de los dos casos no es discriminatorio y declara esta queja inadmisibles por estar manifiestamente mal fundada, en el sentido del artículo 35.3 y 4 CEDH.

**Asunto Marcos Barrios c. España (demanda núm. 17122/07), sentencia de 21 de septiembre de 2010.** Art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) y Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada).

El demandante nació en 1984 y reside en León. En diciembre de 2003, se incoaron diligencias penales contra el demandante, menor de edad en la época de los hechos, por un presunto delito de asesinato cometido en diciembre de 2000. Mediante una decisión motivada de 3 de febrero de 2004, el Juez de Instrucción ordenó que se intervinieran las líneas telefónicas de varias personas sospechosas de estar implicadas en los hechos del caso, entre ellas el demandante, con el fin de esclarecer lo ocurrido. Concluida la fase de instrucción, por sentencia de 21 de junio de 2004, dictada tras la celebración de un juicio oral, el Juzgado de Menores de León absolvió al demandante del delito de asesinato. Consideró que de acuerdo con la legislación aplicable, el Juzgado de Instrucción núm. 7 de León no era competente para autorizarlas, ya que el demandante era menor en la época de los hechos, debiendo haber sido el Juzgado de Menores quien decidiera sobre esta cuestión. En consecuencia, declaró nulas las escuchas. El Juez basó así su sentencia en otros elementos, principalmente las contradicciones constatadas en las declaraciones del testigo de cargo D. F., también imputado, leídas durante el juicio oral, y la insuficiencia de las otras pruebas de cargo.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular recurrieron en apelación y solicitaron la valoración de algunas pruebas (cf. la declaración de testigos) mediante la celebración de una vista. Por decisión de 20 de octubre de 2004, la Audiencia Provincial de León rechazó la demanda de pruebas, ya que las pruebas propuestas habían sido ya valoradas en primera instancia.

Por sentencia de 27 de enero de 2005, dictada sin la celebración de una vista pública, la Audiencia Provincial de León admitió el recurso y condenó al demandante a una pena de dos años de internamiento por un delito de asesinato. En primer lugar, confirmó la nulidad de las escuchas telefónicas debi-

do a la falta de competencia del Juez que las había ordenado, precisando que en todo caso no estaban en el origen de las otras pruebas que debían ser valoradas. A este respecto, la Audiencia consideró que las tres declaraciones prestadas por D. F. durante la instrucción, en presencia de su abogado, eran coherentes y ofrecían un gran número de detalles sobre lo ocurrido, coincidiendo las informaciones proporcionadas con los objetos encontrados en el lugar de los hechos y las heridas de la víctima constatadas en el informe del médico forense.

Invocando los artículos 18.3 y 24 de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por resolución de 23 de octubre de 2006, el Tribunal inadmitió el recurso.

El 11 de abril de 2007, el demandante interpuso la demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 6.1 y 3 d) CEDH, se quejaba de la falta de vista pública ante la Audiencia Provincial y de no haber podido interrogar a los testigos en el marco de una nueva vista, estimando haber sido condenado sobre la base de pruebas insuficientes. Asimismo, el demandante invocaba el artículo 8 CEDH, ya que consideraba que la nulidad de las escuchas telefónicas debía haber provocado la del conjunto de medios de prueba, obtenidos directa o indirectamente de dichas escuchas.

Siguiendo el razonamiento de las sentencias *Iguall Coll y Bazo González c. España*, el TEDH considera que en el presente caso la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber la credibilidad de las declaraciones de D.F., modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia. En opinión del TEDH, dicho examen implica, por sus características, un posicionamiento sobre los hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante. Al ser las cuestiones tratadas de naturaleza fáctica, el TEDH considera que la condena del demandante en apelación tras un cambio en la valoración de las declaraciones en cuestión y de otros elementos, sin que el demandante tuviera la ocasión de ser oído personalmente y de rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista pública, no es conforme con las exigencias del derecho a un proceso equitativo. Además, el TEDH constata que la Ley orgánica sobre la responsabilidad penal del menor, aplicable en este caso, prescribía la celebración de una vista pública. Concluye, por unanimidad, a la violación del artículo 6.1 CEDH.

Por otra parte, el TEDH considera que no es necesario examinar de forma separada la queja relativa al artículo 6.3 CEDH, teniendo en cuenta los motivos que le han llevado a constatar la violación del artículo 6.1 CEDH. En cuanto a la queja relativa al artículo 8 CEDH, el TEDH constata que ninguno de los elementos de prueba examinados por los tribunales internos derivaba de las escuchas telefónicas declaradas nulas y considera que esta parte de la demanda carece manifiestamente de fundamento, debiendo ser rechazada en aplicación del artículo 35.3 CEDH.

**Asunto Mangouras c. España (demanda núm. 12050/04), sentencia de la Gran Sala de 28 de septiembre de 2010.** Art. 5 del CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad).

El demandante, ciudadano griego nacido en 1935, era el capitán del buque *Prestige* que en noviembre de 2002, cuando navegaba cerca de las costas de Galicia, sufrió una avería súbita y grave que provocó una vía de agua por la

que vertió al Océano Atlántico las 70.000 toneladas de fuel que transportaba. El vertido de la carga causó una catástrofe ecológica cuyos efectos para la fauna y flora marina que se hicieron sentir durante varios meses y se propagaron hasta las costas francesas.

Por una decisión de 17 de noviembre de 2002, el Juez de Instrucción núm. 4 de A Coruña ordenó la prisión provisional del demandante y fijó el importe de la fianza que debía pagarse para la puesta en libertad del interesado en 3.000.000 euros. El juez precisó que la gravedad de las infracciones en cuestión, la alarma que la contaminación marina había suscitado en la opinión pública y la nacionalidad extranjera del interesado, que no tenía vínculos particulares con España, justificaban el elevado importe de la fianza.

El demandante solicitó su puesta en libertad y subsidiariamente la reducción del importe de la fianza a 60.000 euros, suma que le parecía proporcionada a su situación personal. Por una resolución dictada el 27 de noviembre de 2002, el Juez de Instrucción núm. 1 de Corcubión (A Coruña) rechazó la solicitud formulada por el demandante. Consideró que la gravedad de los delitos imputados al demandante justificaba el mantenimiento de la medida de detención provisional. En cuanto al montante de la fianza, reiteró los argumentos del juez *a quo* y precisó que la presencia del demandante en el juicio era esencial para el esclarecimiento de los hechos ocurridos después de la aparición de la vía de agua. El 7 de diciembre de 2002, el mismo juez desestimó el recurso de reforma interpuesto por el demandante, confirmando la resolución impugnada. El recurso de apelación interpuesto por el demandante fue desestimado el 3 de enero de 2003 por la Audiencia Provincial de A Coruña.

El 6 de febrero de 2003, el Juez de Instrucción núm. 1 de Concurbión dio cuenta del depósito de una garantía bancaria por el importe de la fianza exigida que había sido constituido –a título excepcional, espontáneo y humanitario– por el London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited, la compañía aseguradora del armador del *Prestige*. En consecuencia, el 7 de febrero de 2003, después de 83 días de detención, el demandante fue puesto en libertad provisional con ciertas obligaciones, como la de no abandonar el territorio nacional.

Invocando el artículo 17 de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por un auto de 29 de septiembre de 2003, el Tribunal Constitucional declaró el recurso inadmisibile.

En marzo de 2005, las autoridades españolas autorizaron al demandante a regresar a su país, donde reside actualmente. El procedimiento penal se encuentra pendiente.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 25 de marzo de 2004. Invocando el artículo 5.3 CEDH, el demandante alegaba que el importe de la fianza pagada para su puesta en libertad era excesivamente elevado y que se había fijado sin tener en cuenta su situación personal. El 8 de enero de 2009, el TEDH dictó sentencia concluyendo, por unanimidad, a la no violación del artículo 5.3 CEDH. El 5 de julio de 2009, el colegio de la Gran Sala accedió a la solicitud de reenvío del asunto presentada por el demandante. El 23 de septiembre de 2009, se celebró una vista pública en el Palacio de los Derechos humanos de Estrasburgo.

El TEDH recuerda que en virtud del artículo 5.3 CEDH, el importe de la fianza debe apreciarse con relación al interesado y sus recursos, no siendo irrazonable, en ciertas circunstancias tener en cuenta también la importancia del perjuicio imputado. A este respecto, el TEDH considera que las nuevas

realidades deben tenerse en cuenta en la interpretación de las exigencias del artículo 5.3 CEDH, a saber la preocupación creciente y legítima por los delitos contra el medio ambiente y la tendencia a recurrir al derecho penal como medio de aplicación de las obligaciones medioambientales impuestas por el derecho europeo e internacional. El TEDH recuerda que el nivel de exigencia creciente en cuanto a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implica paralelamente una mayor firmeza en la valoración de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por eso, no excluye que en una situación como la del presente caso el medio profesional en el cual se sitúa la actividad en cuestión deba tenerse en cuenta para determinar el montante de una fianza para que ésta siga siendo eficaz.

Teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales del presente caso y los enormes daños medioambientales causados por la contaminación marítima, el TEDH no considera extraño que los tribunales españoles adaptaran el importe de la fianza al nivel de las responsabilidades en las que se había incurrido, de modo que los responsables no tuvieran la tentación de sustraerse a la justicia perdiendo la fianza. A este respecto, el TEDH considera que no es seguro que una fianza que hubiese tenido en cuenta únicamente los recursos del demandante hubiese sido suficiente para garantizar su presencia en el juicio oral. Además, el TEDH estima que el hecho de que la aseguradora del armador efectuara el pago de la fianza confirma el buen juicio de los tribunales españoles cuando, al referirse a su «medio profesional», consideraron implícitamente que el demandante tenía vínculos con las personas llamadas a prestar la fianza.

Habida cuenta del contexto particular del caso y de las consecuencias medioambientales y económicas del vertido de la carga del buque, el TEDH considera razonable que los órganos jurisdiccionales tuvieran en cuenta la gravedad de las infracciones y la importancia del perjuicio imputado al demandante. El TEDH concluye, por diez votos contra siete, que no ha habido violación de artículo 5.3 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión discrepante común formulada por los Jueces Rozakis, Bratza, Cabral Barreto, Björgvinsson, Nicolau y Bianku.

**Asunto San Argimiro Isasa c. España (demanda núm. 2507/07), sentencia de 28 de septiembre de 2010.** Art. 3 del CEDH (prohibición de la tortura).

El 14 de mayo de 2002, el demandante fue detenido en Madrid como responsable, entre otros, de presuntos delitos de pertenencia a banda armada y terrorismo. Estuvo en detención incomunicada durante cinco días en la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, siendo examinado en cinco ocasiones por un médico forense, e interrogado por agentes de la Guardia civil en presencia de un abogado nombrado de oficio. El primer día, el médico forense examinó al demandante y descubrió una serie de contusiones y hematomas en la cara, el brazo y el muslo izquierdos, así como marcas de esposas en las muñecas. El médico forense describía las lesiones como «compatibles con el desarrollo de la detención y las maniobras de inmovilización», precisando que el demandante había declarado que el trato recibido había sido «normal». En el informe de 15 de mayo de 2002, el médico forense constató nuevos hematomas sobre la cara o el hombro, sin dar explicación en cuanto a su posible origen. El 16, 17 y 18 de mayo, el demandante no respondió a la cuestión del trato recibido, limitándose el médico forense a comprobar la evolución favorable de las lesiones.

El 19 de mayo de 2002, el demandante fue conducido ante el Juez Central de Instrucción núm. 1 ante la Audiencia Nacional, donde declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención. Examinado por el médico forense ese día, el demandante se negó a responder a la pregunta del trato recibido y el médico forense señaló que no había detectado ningún rastro de violencia que tuviera un origen cronológico diferente al de las lesiones descubiertas en el primer informe.

El 27 de mayo de 2002, el demandante ingresó en prisión provisional en el centro penitenciario de Badajoz, donde fue examinado por un médico que descubrió que tenía una costilla rota en el costado izquierdo.

El 11 de junio de 2002, el demandante denunció ante el Juez de Instrucción de Guardia de San Sebastián haber sido víctima de malos tratos durante su arresto y su detención en Madrid, tales como golpes en la cabeza, sesiones de asfixia con una bolsa de plástico, humillaciones, vejaciones sexuales y amenazas de muerte y violación. El Juez se inhibió a favor del Juez de Instrucción núm. 43 de Madrid. Este último, ordenó la apertura de una investigación y posteriormente sobreseyó y archivó el caso por auto de 21 de julio de 2003. Consideró que las lesiones mencionadas en los informes del médico forense habían sido causadas en el momento de la detención y estaban justificadas por las circunstancias en las cuales se había producido la detención, a saber el demandante y otra persona estaban armados y llevaban en su vehículo una bomba preparada para ser utilizada.

Por resolución de 28 de noviembre de 2003, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación del demandante. Pese a considerar motivada la decisión apelada, estimó necesario completar la instrucción.

El Juez de Instrucción realizó pruebas adicionales, entre otras, un informe de 22 de abril de 2004 en el que el subdirector médico del centro penitenciario, además dar más información sobre la fractura de la costilla, señaló que el expediente del demandante no contenía el informe obligatorio del examen médico efectuado en el momento del ingreso en prisión. Por auto el 18 de octubre de 2004, el Juez de Instrucción ordenó el sobreseimiento provisional y el archivo del asunto.

El demandante interpuso recurso de apelación. Por una resolución de 9 de febrero de 2005, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. Consideró que las lesiones descubiertas en el primer informe e incluso la posible fractura de una costilla eran compatibles con el desarrollo violento de la detención del demandante, que fue echado al suelo con el fin de ser desarmado, momento en el que recibió algunos golpes. Por otra parte, la Audiencia señaló que el corto lapso de tiempo transcurrido entre la detención y el primer examen médico corroboraba que las lesiones se produjeron en el momento de la detención y no en el transcurso de los interrogatorios. En cuanto al examen de otras pruebas propuestas por el demandante, la Audiencia consideró que no era posible identificar a los agentes que participaron en la detención, ya que el demandante había reconocido que no pudo ver sus rostros y que los videos sobre la detención, si es que existían, no hubiesen podido demostrar que la totalidad de las lesiones denunciadas no fueron infligidas durante la detención.

Invocando los artículos 15 y 24 CE, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile por estar desprovisto de contenido constitucional por una resolución de 3 de julio de 2006, notificada el 17 de julio de 2006.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 4 de enero de 2007. Invocando el artículo 3 CEDH, el demandante alegaba haber sufrido malos tratos durante su arresto y detención en Madrid, quejándose también de la ausencia de una investigación sobre los hechos tras su denuncia, así como del sobreseimiento dictado.

El TEDH considera que las investigaciones llevadas a cabo no han sido ni suficientemente profundas, ni efectivas para cumplir las exigencias del artículo 3 CEDH, a saber hacer posible la identificación y el castigo de los responsables. A este respecto, el TEDH señala que la Audiencia Provincial de Madrid rechazó el visionado de los vídeos de la detención solicitado por el demandante. El TEDH opina que este medio de prueba podría haber facilitado la identificación de los agentes implicados, así como establecer si las lesiones en cuestión correspondían efectivamente a la manera en la que se desarrolló la detención. El TEDH tiene en cuenta, además, los resultados no concluyentes del informe de 22 de abril de 2004, y considera que no es excesivo exigir a las autoridades españolas la adopción de medios suplementarios para dilucidar la fecha y las circunstancias en que sobrevino la factura. El TEDH, concluye, por unanimidad, que hubo violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procesal por la ausencia de una investigación efectiva.

Por otra parte, el TEDH destaca la presencia real de lesiones en el demandante y el hecho de que éste alegara haber sufrido malos tratos en dos fases distintas: durante la detención y durante los interrogatorios efectuados en el tiempo que estuvo detenido. A la vista de las divergencias que existen entre las explicaciones dadas por las partes, el TEDH considera que los elementos de los que dispone no le permiten establecer más allá de toda duda razonable, que el demandante haya estado sometido a tratamientos contrarios al artículo 3 CEDH. A este respecto, el TEDH subraya que esta imposibilidad emana, en gran parte, de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades nacionales en respuesta a la denuncia de malos tratos presentada por el demandante. En consecuencia, el TEDH declara, por unanimidad, que no puede concluir que exista una violación del artículo 3 CEDH en su vertiente sustantiva.

**Asunto Cardona Serrat (demanda núm. 38715/06), sentencia de 26 de octubre de 2010.** Art. 6 del CEDH (derecho a un tribunal independiente e imparcial).

El demandante, nacido en 1955, se encontraba detenido en un centro penitenciario de Valencia en el momento de presentar su demanda ante el TEDH. El Juez de Instrucción n.º 1 de Valencia abrió diligencias penales contra el demandante y otras personas como presuntos responsables de delitos de abusos sexuales, prostitución y exhibición de pornografía. Durante la instrucción, el demandante estuvo en situación de libertad provisional por esta causa y en prisión por otra en la que fue condenado. Concluida la instrucción, se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Valencia para la celebración del juicio oral. El 29 de enero de 2002, tras la suspensión del juicio oral por la inasistencia por enfermedad acreditada del abogado de uno de los co-inculpados, el Ministerio Fiscal solicitó la prisión provisional sin fianza para el demandante. Por auto de 1 de febrero de 2002, una sala de la Audiencia Provincial compuesta por tres magistrados ordenó el ingreso en prisión del demandante teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos que se le imputaban, la alarma social que podían crear y las posibles dificultades y

perturbaciones que podrían sufrir los testigos de cargo si llegaban a entrar en contacto con el acusado. Además, la sala señaló que los requisitos exigidos por los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se cumplían en este caso para adoptar tal medida.

El 20 de febrero de 2002, el demandante solicitó la recusación de dos de los magistrados de la sala de la Audiencia Provincial que había ordenado su ingreso en prisión provisional y que debían formar parte de la sala que iba a conocer del fondo del asunto. Sus pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Por sentencia de 28 de mayo de 2002, la Audiencia Provincial de Valencia consideró al demandante culpable de un delito continuado de abusos sexuales con la agravante de reincidencia, condenándolo a una pena de cuatro años y seis meses de prisión. La sala que dictó la sentencia estaba compuesta por tres magistrados, de los cuales dos habían formado parte también de la sala que acordó el ingreso en prisión provisional del demandante, siendo uno de ellos el presidente de las dos salas.

El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que lo desestimó en una sentencia dictada el 11 de julio de 2003. Estimó que en el presente caso los motivos tenidos en cuenta para acordar el ingreso en prisión provisional del demandante no podían ser considerados como una actuación instructora, no revelando tampoco una predisposición favorable a la condena del acusado. En opinión del Tribunal Supremo, los motivos invocados simplemente mostraban que los magistrados en cuestión deseaban que el juicio oral se celebrase sin más demora y en las mejores condiciones para poder esclarecer lo ocurrido y aquietar la alarma social suscitada por la repercusión de los hechos.

Invocando el artículo 24 CE, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por sentencia de 8 de mayo de 2006, notificada el 17 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

El 15 de septiembre de 2006, el demandante presentó la demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 6 CEDH, alegaba que la sala de la Audiencia Provincial que le condenó no fue imparcial.

El TEDH apunta que a diferencia de lo ocurrido en el asunto *Perote Pellón c. España*, en el presente caso la sala de la Audiencia Provincial no se limitó a prorrogar una medida de prisión provisional previamente adoptada, sino que ordenó el ingreso en prisión provisional del demandante, modificando la situación de éste, que se encontraba en situación de libertad provisional por esta causa penal. Entre los motivos que el auto de 1 de febrero 2002 exponía para justificar la medida, la sala de la Audiencia Provincial aludía al riesgo de que el demandante pudiera intimidar a los testigos de cargo si entraba en contacto con ellos. Este motivo que no había sido alegado por el Ministerio Fiscal para solicitar el ingreso en prisión provisional del demandante. Al adoptar esta motivación de oficio, el TEDH estima que la sala de la Audiencia Provincial no se estaba limitando a valorar de forma sumaria los hechos imputados para justificar la pertinencia de la medida de prisión provisional solicitada. Además, el TEDH considera que la motivación de la sala de la Audiencia Provincial, leída a la luz del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citado en la resolución, podía hacer temer al demandante que los magistrados de la sala tenían una idea preconcebida sobre su responsabilidad penal, cuestión sobre la que estaban llamados a pronunciarse posteriormente como miembros del órgano de enjuiciamiento. Por otra parte, el

TEDH tiene en cuenta que en este caso se cuestionaba la imparcialidad de dos de los tres magistrados de la sala de la Audiencia Provincial que condenó al demandante, a diferencia de otros casos en los que se cuestionaba únicamente la imparcialidad de un solo magistrado en el seno de una jurisdicción colegial. En opinión del TEDH, dadas las circunstancias del presente caso, la imparcialidad objetiva de la jurisdicción de enjuiciamiento podía parecer condicionada, por lo que considera que las aprehensiones del demandante a este respecto pueden considerarse objetivamente justificadas. Por tanto, el TEDH concluye, por unanimidad, que en el presente caso se ha producido una violación del artículo 6.1 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión concordante de la Juez Fura.

#### **Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil:**

**Asunto Schwizgebel c. Suiza (demanda núm. 25762/07), sentencia de 10 de junio de 2010.** Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Rechazo de la solicitud de adopción de un segundo hijo realizada por una mujer soltera de cierta edad.

**Asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza (demanda núm. 41615/07), sentencia de 6 de julio de 2010.** Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): La ejecución de la orden de devolución de un menor al país de residencia del padre, de cuyo territorio fue sacado ilegalmente por la madre, sería contraria al interés del menor.

**Asunto Dadouch c. Malta (demanda núm. 38816/07), sentencia de 27 de julio de 2010.** Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Injustificado el plazo transcurrido para proceder a la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero.

**Asunto J.M. c. Reino Unido (demanda núm. 37060/06), sentencia de 28 de septiembre de 2010.** Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): Diferencia de trato basada en la orientación sexual en relación con las obligaciones relativas al pago de la pensión alimenticia.

**Asunto Suda c. República Checa (demanda núm. 1643/06), sentencia de 28 de octubre de 2010.** Art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo): Cláusula de arbitraje incluida en un contrato en el que el accionista minoritario de una sociedad anónima no era parte.

## Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS \*

**STJUE 20 de mayo de 2010. Česká podnikatelská pojist'ovna as, Vienna Insurance Group v. Michal Bilas.**—Petición de decisión prejudicial. Okresní soud y Chebu (República Checa). Interpretación del art. 24 del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se plantea si la comparecencia del demandado que no impugna la competencia del juez que conoce del asunto principal constituye una prórroga tácita de la competencia. En este sentido, el art. 24 del Reglamento establece que, con independencia de los casos en los que la competencia del Tribunal resultare de otras disposiciones del propio Reglamento, será competente el del lugar ante el que comparezca el demandado, salvo que el objeto de dicha comparecencia fuera impugnar la competencia, o salvo que existiera otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 22 del Reglamento. A propósito de esta segunda salvedad y dado que se trata de excepcionar la regla general, el supuesto debe ser objeto de interpretación restrictiva y, en consecuencia, existirá también prórroga tácita de la competencia por comparecencia del demandado aunque se vulneren otras reglas que no sean de competencia exclusiva. En todo caso, y dado que estas reglas siempre pretenden ofrecer una protección reforzada a la parte que se considera más débil, el juez está autorizado para verificar que el demandado que comparece sin impugnar la competencia, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su acto de comparecencia.

**STJUE 1 de julio de 2010. Doris Povse v. Mauro Alpago.**—Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del Reglamento n.º 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. La primera cuestión se suscita a propósito del art. 10 del Reglamento, cuyo contenido viene dado por diversas normas atributivas de competencia en caso de sustracción de menores. Se pregunta, en particular, si en una situación de traslado ilícito de una menor, el art. 10, letra b, inciso iv, del Reglamento, ha de interpretarse en el sentido de que una medida provisional debe considerarse una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» a efectos de dicha disposición. El art. 10, como regla general, confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes de su traslado. Dicha competencia únicamente se transfiere si el menor ha adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y, además, se cumple uno de los requisitos alternativos que contempla ese mismo precepto. Dado el carácter excepcional de la norma, la interpretación de dichos requisitos debe ser restrictiva. Desde esta perspectiva, «una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» es una resolución definitiva, mediante la

---

\* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

que el órgano jurisdiccional competente se pronuncia sobre la cuestión de la custodia del menor y que ya no está sujeta a otras resoluciones administrativas o judiciales. La segunda cuestión versa acerca del art. 11, apartado 8, del Reglamento. A tenor del precepto, aun cuando se hubiere dictado una resolución de no restitución de conformidad con el art. 13 del Convenio de La Haya, cualquier otra resolución judicial posterior que ordene aquella restitución será ejecutiva si fuere dictada por un órgano jurisdiccional competente conforme al Reglamento. Se pregunta, en particular, si la resolución judicial que ordena la restitución debe basarse en una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor. Entiende el Tribunal que tal interpretación no tiene ningún fundamento; por el contrario, el art. 11 se refiere, simplemente, a «cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución». La tercera cuestión se plantea a propósito del art. 47 del Reglamento, relativo al procedimiento de ejecución. Se pregunta si una resolución que atribuye un derecho de custodia provisional, dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución y considerada ejecutiva conforme al Derecho de este último Estado, se opone a la ejecución de una resolución certificada, dictada anteriormente y que ordena la restitución del menor, por resultar incompatible con esta última. Según el Tribunal, el carácter incompatible, en el sentido del art. 47, apartado 2, 2.º párrafo, de una resolución certificada con una resolución ejecutiva posterior sólo puede comprobarse en relación con las eventuales resoluciones dictadas posteriormente por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen (así, por ejemplo, declarando la nulidad o rectificando la resolución certificada). Permitir que la resolución ejecutiva posterior, incompatible con la certificada, pudiera proceder del Estado miembro de ejecución implicará tanto como soslayar –y muy fácilmente– el mecanismo previsto en el Reglamento. Se pregunta, en último lugar, si la ejecución de una resolución certificada puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a un cambio de circunstancias, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor o si, por el contrario, tal modificación debe invocarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, con la consiguiente suspensión de la ejecución de la resolución en el Estado miembro requerido, a la espera de que concluya el procedimiento en el Estado miembro de origen. Esta última es, en opinión del Tribunal, la vía adecuada para modificar la resolución certificada y la más respetuosa con el sistema competencial que contempla el Reglamento.

**STJUE 3 de junio de 2010. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).** –Petición de decisión prejudicial. Tribunal Supremo (España). Interpretación de los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. El art. 4.2 excluye que el carácter abusivo pueda apreciarse con relación al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución y los bienes o servicios que deban proporcionarse en contrapartida. El art. 8 sanciona el carácter mínimo de la protección dispensada por la Directiva. Se plantea, a propósito de la llamada la cláusula de redondeo aplicada a los contratos de préstamo a tipo de interés variable destinados a la adquisición de vivienda, si es conforme con el derecho comunitario una disposición nacional que pretenda elevar el nivel de protección previsto en la Directiva permitiendo el control del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto o prestaciones principales del contrato. El

Tribunal, a efectos de confirmar que el art. 8 se extiende a todo el ámbito de la Dir. (luego, también al art. 4.2), verifica, primero, que las cláusulas relativas al objeto principal se incluyen en el ámbito de aplicación material de la Dir., pese a que, en principio, se excluye «la apreciación (de su) carácter abusivo». Siendo ello así, y dada la generalidad de los términos del art. 8, se resuelve que éste se refiere también a aquellos pactos y, en consecuencia, puede elevarse el nivel de protección dispensado al consumidor permitiendo el control jurisdiccional de su carácter abusivo. La Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de contratación*, al no incorporar al derecho español el art. 4.2 de la Dir., opta por un sistema de mayor protección.

**STJUE 15 de julio de 2010. Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez.**—Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se pregunta si los arts. 21 y ss. del Reglamento, relativos al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, se aplica también a las medidas provisionales o cautelares aludidas en el art. 20. Este precepto permite que, en caso de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro puedan acordar, respecto de personas o bienes que se hallaren en su territorio, medidas cautelares previstas en su propia legislación. Esto se permite incluso cuando según el propio Reglamento el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo fuera el de otro Estado Miembro. El art. 20 precisa que aquellas medidas cautelares dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del Reglamento para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere oportunas. Según el Tribunal, de esta regulación resulta que una medida comprendida en el art. 20 puede oponerse, en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que la ha adoptado, a una resolución anterior adoptada por el órgano jurisdiccional de otro Estado Miembro competente para conocer sobre el fondo del asunto. Sin embargo, estima el Tribunal que no puede pretenderse el reconocimiento y ejecución de aquella medida cautelar o provisional en el territorio de un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional que la ha adoptado. Ello se explica porque el art. 20 no puede considerarse como una norma de atribución de la competencia. Así resulta de su ubicación sistemática, que muestra cómo no forma parte de los artículos que tratan específicamente de la competencia. Siendo ello así, no tratándose de una medida dictada conforme a las reglas de competencia previstas en el Reglamento, resulta que tampoco puede acogerse a su sistema de reconocimiento y ejecución. En su caso, podrá pretenderse aquel reconocimiento al amparo de otros instrumentos internacionales, si los hubiere, siempre que se respete el Reglamento 2201/2003.

**STJUE 9 de noviembre de 2010. VB Pénzügyi Lízing Zrt.v Ferenc Schneider.**—Petición de decisión prejudicial. Budapesti II. És III. Kerületi bíróság (Hungría). Interpretación de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Se plantea, primero, si el art. 23, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia se opone a una disposición de derecho nacional que establece que el juez que inicie un procedimiento prejudicial debe comunicarlo, de oficio, al Ministro que sea competente en materia de justicia. El art. 23 aludido relaciona las medidas de información que puede tomar el órgano jurisdiccional que

decide plantear una cuestión prejudicial, sin que entre ellas aparezca la de comunicarlo al Ministro de Justicia. El Tribunal estima que tal comunicación no vulnera el art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, pero tampoco será un requisito a fin de estimarse correctamente planteada la cuestión prejudicial, ni su incumplimiento puede interferir en el procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia. Se pregunta, en segundo lugar, si el TJUE es el competente para interpretar el concepto de «cláusula abusiva» y los criterios a considerar por el juez nacional a fin de apreciar el carácter abusivo de una cláusula. Dado que el TJUE puede pronunciarse sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por el órganos de la UE, no cabe duda que un órgano jurisdiccional puede solicitarle que interprete un concepto que figura en un acto de Derecho derivado, como es el propio concepto de «cláusula abusiva» en la Dir. 93/13. Con todo, corresponderá al juez interno pronunciarse sobre la calificación concreta de una cláusula contractual en función de las circunstancias propias del caso. En tercer y último lugar, se pregunta si el juez nacional tiene la obligación de acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de determinar los elementos de hecho y de Derecho necesarios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, siendo así que conforme al Derecho nacional las pruebas sólo pueden practicarse de oficio. Estima el Tribunal, a este respecto, que la situación de desequilibrio existente entre el profesional y el consumidor sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Ello da razón de la obligación que efectivamente incumbe al juez nacional de recabar de oficio cuantas pruebas resulten necesarias a fin de valorar el carácter abusivo de una cláusula.

Jurisprudencia Nacional  
(mayo a septiembre 2010)

MIRIAM ANDERSON \*

TRIBUNAL SUPREMO

**Draft Common Frame of Reference (DCFR)**

**STS (Sala Civil) de 13 de mayo de 2010 (RJ 2010\3693).**—Ponente: Encarnación Roca Trias. Causas de revocación de la donación: la ingratitud del donatario. La sentencia del TS analiza si concurre en el supuesto enjuiciado la causa de ingratitud recogida en el art. 648.2 CC. Los progenitores habían realizado lo que al parecer fueron donaciones disimuladas de bienes a favor de su hija. Unos años más tarde, el matrimonio se separa y, al año siguiente, el padre es asesinado y la madre será condenada con posterioridad como autora del delito. En la causa penal, la hija y donataria formuló escrito de acusación contra su madre, pero al tratarse de un delito perseguible de oficio, el escrito fue rechazado en aplicación del art. 103 LECrim, aunque se sostuvo el ejercicio por parte de la hija de la acción de responsabilidad civil. La madre pretendió revocar las donaciones con base en la causa de ingratitud recogida en el art. 648.2 CC. Se estimó la demanda en primera instancia, pero la decisión fue revocada en apelación, por entender que la nulidad del escrito de acusación comporta la ausencia de causa de ingratitud y por estimar que la personación en el pleito para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil se parece mucho a la excepción que contempla el propio art. 648.2 CC (delitos cometidos contra la persona del donatario). Por su parte, el TS confirma la sentencia de segunda instancia, para lo cual procede a analizar los antecedentes de la referida causa de revocación, señalando que hay que buscarlos en la doctrina anterior al CC francés, aunque este supuesto de ingratitud no pasase a la redacción definitiva del Code. En el FJ 3.º de esta sentencia, puede leerse que: «Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así el art. 531-15.1, *d*) del Código civil de Cataluña dice que son causas de ingratitud «los actos penalmente condenables que el donatario o donataria efectúe contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja y también, en general, los que representen una conducta en relación a las mismas personas no aceptada socialmente», con lo que nos encontramos ante una cláusula más abierta, pero a la vez más restringida. A su vez, el Art. IV.H.— 4:201 del Draft of [sic] Common Frame of Reference (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante. Por tanto, el problema que plantea el presente recurso consiste en la

---

\* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

interpretación que debe darse al término *imputare* en el artículo 648.2.º CC, que parece recoger sus precedentes, aunque constituye un caso aislado en el derecho comparado.» Centrándose, pues, en determinar el sentido del término «*imputare*», la Sala concluye (FJ 4.º) que debe interpretarse sólo como «persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y, como en este caso la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo», a lo que se añade la interpretación restrictiva que debe darse a las causas de revocación de un negocio válido y eficaz. Como puede verse, en esta sentencia se alude al DCFR como un modelo de regulación mejor que la contenida en el ordenamiento aplicable.

**STS (Sala Civil) de 22 de junio de 2010 (JUR 2010\342009).**—Ponente: Encarnación Roca Trias. Resolución de un contrato de tracto sucesivo: momento en que produce efectos. Una empresa dedicada a prestar un servicio de tarot (Coprinus) contrató con Telefónica un prefijo equivocado para ese tipo de servicio. Ambas partes resuelven el contrato: Coprinus, por falta de pago por parte de Telefónica, y esta última, por incumplimiento grave de la primera, al haber contratado el prefijo equivocado. En el FJ 4.º puede leerse que: «Respecto al planteamiento de los efectos de la resolución, debe recordarse que ésta es una cuestión muy discutida, ya que a salvo lo dispuesto en el Art. 1.303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el Art. 1.124 CC no contiene ninguna norma dirigida a determinar cuál es el alcance de la resolución por incumplimiento. La doctrina tradicional entiende que se producen dos tipos de efectos, la extinción de las obligaciones y la restitución (Arts. III.— 3:509 y 3:510 del Draft of [sic] Common Frame of Reference, DCFR y Arts.1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC). Pero si bien ello es así, no se fija el momento en que estos efectos van a producirse, aunque lo lógico será considerar que éste debería tener lugar desde que se produjo el incumplimiento. Sin embargo puede ocurrir y de hecho ocurre en este caso, que aplicar la regla anteriormente descrita resulte imposible, porque la restitución afecte también a terceros, que son los clientes de ambas sociedades a quienes no puede devolverse lo pagado. Por tanto, la regla general debe concordarse con lo realmente ocurrido: COPRINUS incurrió en un incumplimiento inicial del contrato, que la otra parte contratante TELEFONICA no pudo conocer hasta que comprobó que se estaba utilizando un prefijo incorrecto para la actividad desarrollada por COPRINUS. En este momento, ejerció la facultad de resolver prevista en el propio contrato, con efectos al momento del incumplimiento. Por ello resulta correcta la sentencia recurrida y los efectos de la resolución de dicho contrato deben producirse a partir del momento en que dicho incumplimiento tuvo lugar, como ha concluido la sentencia ahora recurrida.» En esta ocasión, la Sala parece referirse tanto al DCFR como a la Propuesta de Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones de la Comisión General de Codificación como supuestos en los que tampoco se da solución al problema planteado. En efecto, si bien el DCFR deja claro que las obligaciones que se extinguen son las pendientes en el momento de la resolución (art. III.— 3:509), con posterioridad el artículo dedicado a la restitución no parece distinguir (art. III.— 3:510). Sí hay, en cambio, una previsión específica para los contratos de tracto sucesivo en el art. 1.204 del texto preparatorio de la reforma del CC español.

**STS (Sala Civil) de 3 de septiembre de 2010 (JUR 2010\333259).** Ponente: Encarnación Roca Trias. Incumplimiento contractual: remedios. En un supuesto en que una empresa había celebrado un contrato de compraventa para la adquisición de otra por un precio muy superior al que resultó ser el real de mercado, habida cuenta de los resultados que proporcionó una auditoría, se estima que la vendedora incumplió las obligaciones derivadas del contrato y se considera lícita la opción de la compradora, que ofreció una reducción del precio o la resolución, «lo que está admitido como uno de los remedios para el incumplimiento en los textos europeos (Art. III.-3:601 Draft of [sic] Common Frame of Reference, que permite al acreedor reducir el precio cuando el cumplimiento no es conforme con los términos de la obligación; también en el Art. 1.197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009).» (FJ 3.º).

### **Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL)**

**STS (Sala Civil) de 9 de junio de 2010 (JUR 2010\342063).**—Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Contratos: interpretación. En el FJ 11.º, al analizar un motivo en que se cuestionaba la corrección de la aplicación del art. 1.281 CC, se alude a los PECL explícitamente como un exponente del criterio recogido «en al plano doctrinal» respecto de la finalidad que preside la interpretación de los contratos (art. 5:101). A renglón seguido, pero en el terreno de los «trabajos prelegislativos», se hace referencia al art. 1.278 de la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones de la Comisión General de Codificación. Las mismas referencias se encuentran en el FJ 3.º de la **STS (Sala Civil) de 4 de junio de 2010 (RJ 2010\2669)**, de la que fue ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos, aunque en este caso no se remarca la distinción entre trabajos doctrinales y prelegislativos.

### **Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)**

**STS (Sala Civil) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\326833).**—Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Indemnización por los daños morales derivados del cierre de la empresa cuyas participaciones había adquirido el actor bajo engaño. Pese a que el fundamento decisivo en el que se ampara la Sala para revocar la sentencia de apelación e indemnizar con una suma considerable al actor es la imputación objetiva en caso de incumplimientos dolosos recogida en el art. 1.007 CC, en el FJ 6.º, a la hora de determinar lo que deba considerarse daño moral, puede leerse que: «Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el

ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación. –En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El CC, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (artículo 1107 I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (artículo 1107 II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 (RJ 1982, 4249) y 23 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4971)) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 CC comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 CC, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento. – A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que éste sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (artículo 7.4.2).»

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

Para valorar si un determinado incumplimiento puede considerarse resolutorio, diversas sentencias de las Audiencias Provinciales se hacen eco de los fundamentos de distintas sentencias del TS, que remitían a estos efectos al texto de los PECL, de los Principios UNIDROIT o del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Estas decisiones de la llamada jurisprudencia menor reflejan la gradual diseminación de nociones contenidas en los textos de referencia, aunque raramente remiten directamente a ellos las propias Audiencias. Entre otras, pueden verse: SAP de Lleida (Sección 2.<sup>a</sup>) de 3 de mayo de 2010 (JUR 2010\291607), ponente: Ana Cristina Sainz Pereda (FJ 4.<sup>o</sup>); SAP de Segovia (Sección 1.<sup>a</sup>) de 4 de mayo de 2010 (JUR 2010\231203), ponente: María Felisa Herrero Pinilla (FJ 4.<sup>o</sup>); SAP de Tarragona (Sección 3.<sup>a</sup>) de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010\291315), ponente: Joan Perarnau Moya (FJ 1.<sup>o</sup>); SAP de Valencia (Sección 7.<sup>a</sup>) de 10

de mayo de 2010 (JUR 2010\314458), ponente: José Antonio Lahoz Rodrigo (FJ 1.º); SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 13 de mayo de 2010 (JUR 2010\239617), ponente: Carlos Moreno Millán (FJ 5.º); SAP de Valencia (Sección 7.ª) de 19 de mayo de 2010 (JUR 2010\314038), ponente: Pilar Cerdán Villalba (FJ 2.º); SAP de A Coruña (Sección 4.ª) de 21 de mayo de 2010 (JUR 2010\330051), ponente: Carlos Fuentes Candelas (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 27 de mayo de 2010 (JUR 2010\313607), ponente: José Francisco Lara Romero (FJ 3.º); SAP Murcia (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2010 (JUR 2010\267598), ponente: Matías Manuel Soria Fernández-Mayoralas (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 8 de junio de 2010 (JUR 2010\350060), ponente: M.ª Eugenia Ferragut Pérez (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 8 de junio de 2010 (JUR 2010\350061), ponente: M.ª Eugenia Ferragut Pérez (FJ 2.º); SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 10 de junio de 2010 (JUR 2010\257503), ponente: Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo (FJ 2.º); SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\249655), ponente: Ildefonso García del Pozo (FJ 2.º); SAP de Toledo (Sección 1.ª) de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\267052), ponente: Emilio Buceta Miller (FJ 2.º); SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 21 de junio de 2010 (JUR 2010\266288), ponente: Miguel Angel Larrosa Amante (FJ 4.º); SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 21 de junio de 2010 (JUR 2010\266795), ponente: Miguel Angel Larrosa Amante (FJ 5.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 2 de julio de 2010 (JUR 2010\345625), ponente: M.ª Eugenia Ferragut Pérez (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 14 de julio de 2010 (JUR 2010\349411), ponente: María Mestre Ramos (FJ 3.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2010 (JUR 2010\349432), ponente: María Mestre Ramos (FJ 4.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2010 (JUR 2010\349377), ponente: María Mestre Ramos (FJ 4.º); SAP de Segovia (Sección 1.ª) de 19 de julio de 2010 (JUR 2010\328238), ponente: María Felisa Herrero Pinilla (FJ 2.º); SAP Murcia (Sección 5.ª) de 20 de julio de 2010 (JUR 2010\302758), ponente: Miguel Angel Larrosa Amante (FJ 6.º); SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 26 de julio de 2010 (JUR 2010\349222), ponente: María Mestre Ramos (FJ 3.º); SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 30 de julio de 2010 (JUR 2010\327883), ponente: Francisco Javier Valdés Garrido (FJ 4.º); SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 10 de septiembre de 2010 (JUR 2010\334308), ponente: Alfonso María Martínez Areso (FJ 2.º); SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 20 de septiembre de 2010 (JUR 2010\342778), ponente: Ildefonso García del Pozo (FJ 5.º).

En una línea parecida, pero recogiendo en esta ocasión doctrina del TS sobre los usos profesionales como criterio de interpretación (art. 8.3 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y artículo 5:102, f) de los Principios de Derecho europeo de los contratos), SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) de 24 de junio de 2010 (JUR 2010\265772). Ponente: M.ª Pilar Astray Chacón (FJ 3.º).

## Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

**RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (Acquis Group): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, München, 2009, pp. 518. ISBN (print): 978-3-86653-024-9. ISBN (eBook): 978-3-86653-873-3.**

En el año 2005 el *Acquis Group* fundó, junto con otros grupos de trabajo, la *Joint Network on European Private Law* (conocida también como «CoPE-CL»), cuya labor fundamental consiste en desarrollar trabajos de investigación en el área del Derecho Privado Europeo bajo el auspicio de la Comisión Europea, que ha financiado dichas investigaciones en el marco del *Sixth Framework Programme of the EC*.

El *Acquis Group* está presidido por los Profesores Gianmaria Ajani y Hans Schulte-Nölke y acoge en su seno a Investigadores de diversas Universidades europeas (sus miembros y el trabajo concreto que les ha correspondido desarrollar pueden encontrarse en las pp. xv a xxii). La tarea que le ha sido encomendada consiste en presentar el Derecho Privado Comunitario existente en forma de *restatement*, cuyo título es *Principles of the Existing EC Private Law* o *Acquis Principles*.

El libro que nos presentan constituye el resultado, revisado y actualizado, de dicha tarea. En efecto, en el año 2007, el *Acquis Group* publicó una primera edición de los *Acquis Principles*, titulada *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Precontractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms* (Sellier, München, 2007, pp. 311. ISBN 978-3-86653-748-4). Conviene advertir, no obstante, que el volumen publicado en el año 2009 no cabe calificarlo de resultado definitivo, tal y como se desprende del Prólogo, en el que Gianmaria Ajani y Hans Schulte-Nölke nos informan de su carácter transitorio: «*Furthermore, this new volume is part of an ongoing project and is therefore transitory. As readers will note, the work already contains placeholders for further articles, which are currently being and will continue to be elaborated upon in the coming years*» (p. xiii).

El libro se estructura en dos partes. La primera, denominada «*Introductory Part*» se ocupa de ofrecer al lector una visión de conjunto de los *Acquis Principles*, informándole de su finalidad, estructura y proceso de elaboración. En la segunda parte encontramos las reglas que forman los *Acquis Principles* y, a continuación, los comentarios; éstos no cubren la totalidad de los artículos, aunque sí su inmensa mayoría.

Las principales novedades introducidas por esta nueva edición son de dos tipos: (1) de contenido; y (2) de estructura.

Por lo que se refiere al contenido, *Contract II* no sólo revisa las reglas formuladas en *Contract I*, sino que, además, añade nuevos artículos referidos, fundamentalmente, a los remedios frente al incumplimiento (Capítulo 8)

y a algunos contratos en particular, como, a título de ejemplo, el contrato de viaje combinado (Parte E de los diversos capítulos).

A pesar de la importancia del nuevo contenido introducido por *Contract II*, parece que la novedad más significativa se sitúa en la estructura de los *Acquis Principles*, que el propio *Acquis Group* denomina «*Paris Structure*», por haberla adoptado en la reunión plenaria que tuvo lugar en dicha ciudad en marzo de 2007. Así se desprende de las siguientes palabras de Hans Schulte-Nölke y de Fyderik Zoll: «*The core novelty of the new version of the Acquis Principles contained in this volume is its innovative structure*» (p. xxiii). La importancia de la nueva estructura, a la que enseguida nos referiremos, reside en los esenciales objetivos buscados por el *Acquis Group* con su adopción: (a) superar la indudable y perniciosa fragmentación del Derecho Comunitario Privado actual, que se deriva del enfoque que forzosamente ha tenido que adoptar el legislador europeo, basado en problemas concretos («*problem approach*»), como consecuencia de las limitaciones políticas y de competencia propias de la Unión Europea; y (b) contribuir a la discusión relativa a las vías de mejora del *acquis*.

Pero pasemos ya, sin más dilación, a exponer la «*Paris Structure*».

Los *Acquis Principles* se dividen en ocho capítulos; cada uno de ellos cuenta con una Parte General y una Parte Especial, en la que aparecen regulados los diversos contratos, correspondiendo a cada uno de ellos una letra mayúscula (a título de ejemplo, los preceptos relativos al contrato de viaje combinado aparecen siempre precedidos de la letra «E»). Téngase en cuenta que los capítulos tres (*Non-discrimination*) y seis (*Non-Negotiated Terms*) carecen de parte especial y que no todas las partes especiales contienen todos los contratos.

Se trata del denominado «*Mirror Model*» caracterizado, como ya se habrá percatado el lector, por la existencia de varias partes generales acompañadas de sus correspondientes partes especiales y que se contraponen al modelo, más tradicional, en el que una sola parte general es seguida por una sola parte especial. Las ventajas ofrecidas por el «Modelo del espejo», que han justificado su adopción, son varias.

En primer lugar, permite combinar adecuadamente el «*problem approach*» y la obtención de una estructura coherente y sistemática. En palabras de Hans Schulte-Nölke y de Fyderik Zoll: «*It [...] respects the specific character of EC law by not forcing it into the structure of a classical codification. At the same time, the Paris structure seeks to avoid the disadvantages of the problem approach by putting the individual rules in a general framework*» (p. xxvi).

En segundo lugar, el «*Mirror Model*» posibilita establecer varios tipos de interrelaciones entre las partes generales y las especiales, atendiendo a las necesidades concretas del tema regulado. En este sentido, la interrelación puede ser (i) condicional; (ii) presuntiva; o (iii) tradicional. Conforme a la primera de ellas, las disposiciones de la parte general no tienen su propio ámbito de aplicación, sino que entran en juego cuando las disposiciones específicas así lo dispongan (*vid.* Capítulo cinco, *Withdrawal*); cuando lo que existe es una «interrelación presuntiva», el cumplimiento de una disposición específica conduce a la presunción del cumplimiento de una disposición general (*vid.* Capítulo dos, *Pre-contractual information duties*: a título de ejemplo, en el contrato de viaje combinado, se entiende que el profesional satisface los deberes de información impuestos por las disposiciones generales de información, establecidas en los arts. 2:202 y 2:203 ACQP, si cumple

todos los deberes específicamente numerados para ese contrato en el art. 2:E-01 ACQP); finalmente, la «interrelación tradicional» implica que la disposición específica deroga a la general (*vid.* Capítulos siete y ocho, *Content and performance of Obligations y Remedies*, respectivamente).

La tercera de las ventajas ofrecidas por la «*Paris Structure*» es su flexibilidad: téngase en cuenta que permite incorporar los futuros contenidos del *Acquis* sin necesidad de destruir y reconstruir continuamente el marco general.

La presentación de las ventajas de la «*Paris Structure*» por parte del *Acquis Group* desborda las consideraciones meramente sistemáticas, para adentrarse en el intenso debate existente sobre la vía más adecuada para conseguir un Derecho Contractual Europeo más coherente, mediante la formulación de un Marco Común de Referencia (CFR). Como es sabido, son dos las opciones que la Comisión Europea puso en su día sobre la mesa: por un lado, la creación de una «caja de herramientas» que asistiera al legislador en su labor normativa [*vid. Action Plan «A more coherent European Contract Law»* COM (2003) 68]; por otro lado, la adopción de uno o varios instrumentos marco reguladores de las características comunes del *acquis* a los que acudir cuando un sector normativo específico lo requiriera [*vid. Green Paper in the Review of the Consumer Acquis*, COM (2006) 744, p. 7]. Pues bien, para el *Acquis Group* la primera opción es claramente insuficiente para lograr el objetivo buscado ya que la «caja de herramientas» «[...] as just an informal instrument, [it] cannot fulfill the function of a foundation which provides the common environment of concepts and legal institutions» (p. xxix). Rendido ante la evidencia de la imposibilidad política de promulgar un Código civil europeo vinculante (p. xxix), el *Acquis Group* considera que la segunda opción es la más apropiada para obtener un Derecho contractual europeo más coherente; pero al mismo tiempo advierte que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 relativa a los derechos de los consumidores no constituye el instrumento marco exigido por el *Green Paper* de 2006, pues dicha Propuesta no es más que una mera recopilación de Directivas específicas. ¿Cómo debería ser entonces, a juicio del *Acquis Group*, dicho instrumento marco? La respuesta se encuentra en el libro del que nos estamos ocupando en estas líneas: «*The Acquis Principles illustrate how such an integrated technique of a general framework directive and specific directives may look like*» (p. xxx).

Como seguramente ya habrá advertido el lector, aunque los *Acquis Principles* se basan en el Derecho Comunitario existente, no constituyen una mera recopilación de normativa comunitaria. Su verdadera trascendencia de cara a la elaboración del Marco Común de Referencia y el trabajo que han desarrollado sus miembros quedan adecuadamente reflejados en las páginas introductorias relativas a la metodología utilizada por el *Acquis Group* (pp. xli a xlvi). En ellas, el lector podrá comprobar las importantes dificultades con las que el grupo de trabajo ha tenido que enfrentarse para elaborar unos *Acquis Principles* que superen la falta de coherencia del Derecho contractual europeo. No ha constituido una tarea fácil, en efecto, teniendo en cuenta la realidad de la que partían, que podríamos calificar de (1) *fragmentada*, por los límites políticos y competenciales del legislador comunitario; (2) *específica*, ya que los *Acquis* no toman como base un Derecho contractual general, sino uno particular, el relativo a la protección de consumidores; (3) *no uniforme*, pues las sustanciales diferencias entre los Derechos nacionales de los Estados miembro han acabado aflorando cuando se ha llegado al cora-

zón del Derecho de Contratos (fundamentalmente, al regular las cláusulas abusivas y las garantías en la venta de bienes de consumo); y (4) *plurilingüística*, que exige la búsqueda de una lengua común (el inglés) y de una terminología uniforme.

Nos encontramos, en definitiva, ante una pieza clave en la construcción de un Marco Común de Referencia. Para comprender su encaje en el sistema *Contract II* no puede ser analizado aisladamente; por el contrario, su estudio debe engarzarse necesariamente, por un lado, con los textos comunitarios de los que parte y, por otro, con el resultado (provisional) global en el que los *Acquis Principles* se incorporan: el *Draft Common Frame of Reference*, redactado por el *Acquis Group* y por el *Study Group on a European Civil Code* y publicado en octubre de 2009.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ  
Universidad Autónoma de Madrid

**FIorentini, Francesca, *Le garanzie immobiliari in Europa*, Berna (Suiza), 2009, Stämpfli Editore SA Berna y Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. ISBN 978-3-7272-2647-2 (Stämpfli) y 978-88-495-1826-9 (ESI). 635 pp.**

Seis extensos capítulos componen esta interesante obra de la Profesora de la Università degli Studi di Trieste, Dra. Francesca Fiorentini, que versa sobre el aún poco explorado tema de las garantías inmobiliarias en Europa. Su importante trayectoria científica en el ámbito del derecho comparado que la ha llevado a investigar en centros de prestigio internacional como el *Zentrum für Europäisches Rechtspolitik* (ZERP) de la Universidad de Bremen y el *Max-Planck-Institut* de Hamburgo, tras su tesis doctoral –sobre el tema que el libro hoy nos ocupa– dirigida por el Prof. Mauro Bussani, llevada a cabo en la Universidad de Trento. Actualmente co-dirige el grupo de sobre *mortgages* en el Proyecto del *Common Core* de dicha Universidad, donde hemos tenido la oportunidad de colaborar los últimos cinco años.

Precisamente tal profunda formación comparativista, le ha permitido realizar un análisis multidimensional en el libro, no sólo prestando atención a la legislación sino también a las herramientas proporcionadas por el análisis histórico, que le ha revelado las diferentes técnicas entre países, elecciones de política legislativa, la influencia de la cultura interpretativa de cada país en las soluciones prácticas, el rol de las prácticas profesionales y los intereses, incluyendo el de los lobbies financieros internacionales, en el proceso de hacer leyes. El resultado son tanto las particularidades de los países estudiados –Alemania, Inglaterra e Italia, que corresponde a la estructura de la obra más un capítulo sobre derecho comunitario y uno interesante sobre conclusiones– y sus puntos en común que pueden ser la base de crear un derecho común en este ámbito.

Comenta la autora, que un problema común de todos los ordenamientos es hallar un balance entre la necesaria protección de los intereses del acreedor hipotecario y del deudor, entre rigidez y la flexibilidad requerida.

En cuanto al derecho alemán, destaca al autora la diferencia entre la *Hypothek* y la *Grundschuld*, reguladas ambas en el BGB, siendo la primera de naturaleza accesoria y heredera del derecho romano, funcionando la accesoriedad como mecanismo para proporcionar el valor de mercado de la

garantía y el valor de la obligación garantizada; mientras que la segunda tiene carácter no accesorio, lo que aumenta su valor de mercado y lo hace primar sobre los intereses de los deudores. La práctica ha llevado a desarrollar una institución intermedia, la *Sicherungsgrundschuld*, que combina legislación con la flexibilidad contractual del contrato de garantía, y que ha sido validada y es tutelada por la judicatura. También destaca la eficiencia en el sistema de ejecución hipotecaria (normalmente delegada a un profesional) y del comportamiento de la hipoteca en concurso en derecho alemán (con ejecución separada). Los costes de transacción, además, clarifican por qué la *Sicherungsgrundschuld* es preferida a sistemas de dación en garantía, muy común en los bienes muebles en aquel ordenamiento jurídico.

Por contra, los diferentes tipos de *mortgage* inglesa conforman un panorama complejo y aparentemente incoherente, fruto de la evolución histórica y la distinción entre *law* y *equity*, desempeñando las garantías en equidad un importante rol en la actualidad, dada su flexibilidad. Destaca la Dra. Fiorentini también el papel de la judicatura como fuente del derecho y a los *conveyancers* como impulsores en un principio pero obstáculos (en relación, por ejemplo, a un buen funcionamiento del Registro de la Propiedad para reducir costes de transacción, que chocaba con sus propios intereses), después, en relación a la evolución del derecho hipotecario inglés. Aunque parece evidente que el derecho hipotecario inglés necesita una modernización (en concreto, el proceso armonizador de la hipoteca en Europa impulsado por la Comisión Europea), el hecho es que retiene la preeminencia en el método de aseguramiento de las transacciones inmobiliarias, especialmente porque puede garantizar obligaciones futuras sin necesidad de relación obligacional preexistente, permite la ejecución extrajudicial y que la posibilidad de ejecución no se ve afectada por la apertura concursal.

En Italia, es el *Codice Civile* quien configura el derecho real de hipoteca, aunque es la doctrina quien lo flexibiliza, con gran resistencia por parte de la judicatura. Así, el *Codice* cristalizó la tradición romana de hipoteca rígida accesorio, tomando como base la protección del deudor como parte débil. La autora considera que la hipoteca italiana tiene escaso éxito operativo dado que no hay espacio para la ejecución extrajudicial, la ejecución hipotecaria puede llegar a durar de 5 a 7 años, debido a la burocratización y el acreedor hipotecario está poco protegido en un procedimiento concursal.

En definitiva, Alemania ha seguido una tendencia liberal al comprender que un reforzamiento del derecho hipotecario es un aspecto clave para el desarrollo de su economía e, incluso, lo ha trasladado más allá de sus fronteras. Ha conseguido conjugar la importancia de movilización de los activos inmobiliarios con la necesaria protección de los deudores hipotecarios. En cambio, la aproximación inglesa ha sido pragmática: aunque ha habido interés del legislador en impulsar la reforma hipotecaria, ésta ha tenido que pasar el filtro de los tecnócratas profesionales (agentes de la propiedad inmobiliaria) que la ha lastrado. En cambio, el legislador italiano de 1942 optó por una vía conservadora, protegiendo al deudor, sin tener en cuenta el potencial de la hipoteca como impulsor económico del país, a lo que han coadyuvado la judicatura y parte de la doctrina que incluso optan por posturas aún más rígidas.

El estudio concluye señalando que el análisis histórico-comparativo ha revelado diferencias de metodología y de aproximación en los diversos ordenamientos estudiados que ha llevado a una falta de homogeneidad, aunque ha evidenciado también aproximaciones para poder conseguir un derecho euro-

peo sobre derechos reales sobre inmuebles: necesidad de publicidad de la garantía; necesidad de un vínculo –más o menos rígido, basado en la ley o en el derecho de obligaciones– entre la hipoteca y la obligación garantizada, siendo la tendencia hacerlo lo más flexible posible tanto a nivel nacional como a nivel de derecho comunitario; proporcionalidad entre la obligación garantizada y el valor de la garantía de manera que se evite que el acreedor obtenga más de lo que ofrece. Existe un interés por parte de la UE de progresar hacia la creación de un mercado hipotecario común europeo aunque en un primer momento se conforma con ver cómo converger que puedan hacerse hipotecas en garantía de préstamos al consumo, la generalización de los requisitos para registrar las hipotecas, la homogeneización de técnicas de valoración de inmuebles y en mejorar los procesos de ejecución, dejando para un segundo momento a la eurohipoteca, que representa un avance en dar respuesta a las necesidades del tráfico jurídico-financiero, que sirve como acicate para el avance en el derecho hipotecario.

En definitiva, un libro muy completo que repasa con mucha profundidad los sistemas hipotecarios inglés, alemán e italiano, además del proceso iniciado en derecho comunitario y por la doctrina en la creación de un mercado hipotecario europeo. Una obra que contribuye, de hecho, a su creación.

Sergio NASARRE AZNAR  
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

**MÄSCH, Gerald – MAZEAUD, Denis – SCHULZE, Reiner (ed.),  
*Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe, München,  
Sellier, 2009, 111 pp. ISBN 978-3-86653-120-8.***

El libro es el resultado del coloquio franco-alemán que tuvo lugar en la U. Münster, los días 22 y 23 de enero de 2009, organizado por el *Centrum für europäisches Privatrecht*, con el objetivo de discutir sobre los nuevos retos del Derecho de contratos, tanto en Francia como, en general, en Europa. La introducción, a cargo del Secretario de Estado del Ministerio de Justicia del Land Nordrhein-Westfallen, J. Michael Stöffing, da paso a siete contribuciones que se ocupan, bien del análisis de materias jurídicas concretas, bien de cuestiones de política legislativa o de identidad jurídica nacional. Quien esté interesado en actualizar conocimientos sobre el desarrollo de la reforma del Derecho de obligaciones y contratos en Francia encontrará en este *bouquin* un par de contribuciones ilustrativas que sitúan en su contexto algunas de las novedades y/o planteamientos tradicionales de ciertos proyectos de reforma franceses, que se analizan a la luz de los vientos que soplan en Europa y, mayoritariamente, de los proyectos académicos de armonización del Derecho privado. En el escrito de Denis Mazeaud («Le droit privé européen des contrats et ses influences sur le droit français»), ilustrado con muchos ejemplos, la causa ocupa un lugar destacado. Es el tema que luego aborda monográficamente Guillaume Wicker («La réforme du droit français du contrat: de la cause a la causalité juridique»). El Derecho de francés de contratos también se analiza desde el punto de vista de las exigencias constitucionales (Jean Claude Bonichot, «Constitution et contrats en droit français»). Otras contribuciones, superiores en número, pero menos interesantes por tener un carácter más divulgativo o por haber sido ya antes dadas a conocer en otros lugares, están dedicadas a la conveniencia de la armonización del Derecho

privado (Gerald Mäsch: «Le droit européen des contrats et son influence sur le droit national des États membres»), a la estructura y contenidos del Marco Común de Referencia (Reiner Schulze «Problèmes et perspectives du droit européen des contrats»), a la justificación de la contrapropuesta francesa al Marco Común de Referencia (Zoé Jacquemin, «Cadre commun de référence: deux projets académiques pour un projet politique. Regard prospectif sur l'apport du «Draft Common Frame of Reference» et des «travaux français» à la construction du Cadre commun de référence par la Commission») y, en fin, al impulso dado bajo la Presidencia francesa del Consejo de la Unión europea al Marco Común de Referencia (Julliette Gest, «Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence Française du Conseil de l'Union Européenne»).

Esther ARROYO AMAYUELAS  
Universitat de Barcelona

**ORDUÑA MORENO, Francisco Javier – DE LA PUENTE ALFARO, Fernando (dirs.), *Los sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizu Menor, 2009. ISBN: 9788447033041**

El Tratado titulado «Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho europeo» representa un valioso aporte a la ciencia jurídica, en concreto en el ámbito de la armonización del Derecho privado en Europa, sobre todo, en atención a la importancia práctica del tema elegido.

Los diversos autores que participan en la obra, juristas de reconocido prestigio procedentes de diversas Universidades europeas, de forma muy acertada aluden, no sólo a los diversos sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en Europa, con la finalidad de advertir las diferencias de las distintas y complejas regulaciones y, sobre todo, poder vislumbrar la existencia de principios comunes, sino que también ofrecen un enfoque práctico de los principios registrales del ordenamiento jurídico español.

Para lograr su objetivo la obra ofrece una visión global del complejo fenómeno de la transmisión de la propiedad en Europa, así como de su reflejo registral, planteándose la conveniencia de unas reglas registrales uniformes en Europa que redundarían en un mejor funcionamiento del mercado interior.

Por ese motivo en la primera parte del libro se incluye un capítulo introductorio, donde se ofrece una visión general de la situación de la transmisión de los bienes inmuebles en Europa. Después se detallan los diferentes sistemas transmisivos europeos por prestigiosos profesores universitarios europeos. Así, podemos señalar que se profundiza sobre el sistema alemán de transmisión de la propiedad, incluso se hace especial referencia a la transmisión de inmuebles en Suecia y demás países nórdicos y se examina con exhaustividad la transmisión de la propiedad en Inglaterra y Gales, entre otros aspectos.

También hay un capítulo destinado a analizar las normas sobre la transferencia y la publicidad de los derechos de propiedad desde una perspectiva económica. En el último capítulo de esta parte se ofrece una visión práctica del tema cuya autoría se debe a distintos miembros de la asociación ELRA «European Land Register Association».

Por su parte, la parte segunda se encarga de interrelacionar la información precedente de los sistemas transmisivos europeos con el sistema espa-

ñol, particularmente con el sistema registral del que se ofrece una visión de conjunto ordenada y actualizada de sus principios registrales, con una amplia y completa recopilación de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo en la definición del sistema registral español.

Así, por ejemplo, se estudian en los capítulos 11 y 12 los principios de prioridad y rogación respectivamente, continuando el capítulo 13 con el principio de especialidad o determinación, prosiguiendo con el examen de los principios de legalidad, tracto sucesivo, legitimación, entre otros.

Como no se pretende estudiar únicamente las notables diferencias existentes entre los sistemas transmisivos, se amplía la investigación destacando las notas esenciales de ellos, llegando a la conclusión que tienen rasgos y naturaleza jurídica propios.

Por ello, la obra, además, se completa con una propuesta de armonización, que dota a la obra de una evidente proyección europea, y que recoge una serie de principios que podrán servir a los diversos agentes jurídicos para construir en el futuro un Registro de la Propiedad Europeo, a través de la adopción de una Directiva o alguna otra normativa europea sobre esta cuestión.

En definitiva, el libro contiene una visión completa y concisa de los principales sistemas transmisivos vigentes en Europa, contemplando, además de un cuidado y perfecto análisis comparatístico con el Derecho español, los aspectos dogmáticos que dan respuesta a los interrogantes que en torno a esta compleja cuestión se suscitan ofreciendo una propuesta de armonización de reglas registrales europeas.

Todo ello convierte a este Tratado en un referente esencial en una materia que, sin duda, debe contar en el futuro con una nueva y moderna sistematización conceptual de sus principales presupuestos y características.

Raquel GUILLÉN  
Universidad de Valencia

**BASEDOW, Jürgen – HOPT, Klaus – ZIMMERMANN, Reinhard (Hrgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, II Bände, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009. ISBN: 978-3-16-149918-0***<sup>2</sup>

De forma creciente, el Derecho privado europeo se está convirtiendo en objeto de una nueva disciplina. Las aproximaciones a su estudio son diversas; también las motivaciones, no sólo científicas, sino también políticas. En consecuencia, los resultados conseguidos hasta la fecha ofrecen una pluralidad de enfoques. Sin embargo, no cabe duda de que la doctrina juega un importantísimo papel en su desarrollo y es constatable que la más activa y reputada procede de Alemania. Los profesores Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt y Reinhard Zimmermann lo vuelven a demostrar con la publicación de esta *magna opera* que es el *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, en la que participan 120 amigos y colaboradores del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, eficazmente coordinados por Martin Illmer.

<sup>2</sup> Recensión previamente publicada en alemán en ZEuP, 2010, 4.

Se trata de un diccionario enciclopédico, con múltiples remisiones internas, que alberga la nada desdeñable cantidad de 473 voces en casi dos mil páginas, repartidas en dos volúmenes excelentemente editados. Se ofrece una visión transversal e interdisciplinar del Derecho privado europeo, aunque el adjetivo «privado» pierde peso ante el más potente de «europeo», porque la selección de voces es muy amplia y no sólo se refieren a conceptos, principios e instituciones típicas del derecho civil, mercantil, internacional o laboral (*vgr.* adopción, adquisición *a non domino*, compensación, condiciones del contrato de trabajo, condiciones generales de la contratación, dolo, error, estado civil, fideicomiso, fondos de pensiones, legados, libertad de testar, matrimonio, orden público, prescripción, prohibición de discriminación, protección del trabajador, reenvío, seguro obligatorio, sociedad de capital, trust y fiducia) o, incluso, procesal (*vgr.* armonización del derecho procesal, competencia judicial, prueba), sino que también incluye las entradas correspondientes a las instituciones europeas y su funcionamiento (*vgr.* Parlamento, Comisión, Consejo), así como nociones clave para comprender las líneas de desarrollo del Derecho privado en Europa, tanto pretéritas (*vgr. corpus iuris civilis*, escolástica, glosa, humanismo, pandectismo) como actuales (*vgr.* fuentes del derecho privado europeo, mercado interior, jurisprudencia del TJCE, TEDH, libertades fundamentales, eurohipoteca, Constitución europea). Tienen igualmente cabida las referencias a otros sistemas jurídicos, como el islámico, chino o japonés, cuyas entradas correspondientes incorporan, cuando es el caso, explicaciones sobre el impacto que sobre los mismos ha tenido el Derecho privado europeo. Las entradas del diccionario incluyen el *soft law* (*vgr. Common Frame of Reference*, Principios Unidroit, *Avantprojet Code Gandolfi*, Principios de Derecho europeo de Familia, Principios del Derecho de seguros europeo, etc.) y también aparecen reflejados los grupos de investigación dedicados a su desarrollo (*vgr. Study Group on a European Civil Code*, *Acquis Group*). Se describen igualmente ciertas disciplinas (derecho comparado, derecho sucesorio, derecho bancario, derecho internacional de bienes, propiedad intelectual, derecho mercantil) y determinados ordenamientos (*vgr. common law*, derecho escocés, derecho escandinavo) y, naturalmente, no faltan diversas voces referidas a la codificación nacional, europea o única del derecho civil y mercantil, ni se omiten las entradas dedicadas a algunos códigos en particular (*vgr. Corpus Iuris Civilis*, Código civil francés, alemán, polaco, ruso, italiano, neerlandés, suizo general y de las obligaciones), entre las que, sin embargo, se echa a faltar una referencia al Código civil de Cataluña, acaso porque la codificación catalana todavía es un proceso inacabado. Con todo, no faltan alusiones al mismo, a Cataluña o, en general, a su Derecho civil, en algunas de las entradas seleccionadas (*vgr.* Código civil, régimen económico matrimonial o Derecho privado europeo).

El diccionario combina concisión, claridad y análisis crítico (*vid.* voces Marco Común de Referencia, *Acquis Principles*, Derecho privado europeo) y orienta al lector en la historia, el impacto de los instrumentos internacionales, la comparación jurídica y el proceso de armonización del Derecho privado europeo. No es un diccionario biográfico y, por tanto, no incluye entradas sobre la vida y obra de juristas europeos. Como es habitual en los libros alemanes –en contraste evidente con los españoles– el volumen II incluye exhaustivos índices de fuentes, jurisprudencia y conceptos. La obra demuestra que el debate transnacional es prioritario para sentar las bases de una futura sistematización del derecho privado en Europa. Pero, sobre todo, es un punto de partida indiscutible para un ulterior análisis en profundidad, por lo

demás facilitado por la selección bibliográfica con la que se acompaña cada entrada. En esto último radica, precisamente, la singular excelencia del *Handwörterbuch*. Se trata de una obra instrumental, auxiliar, y, como todas las de este tipo, absolutamente imprescindible, cualquiera que sea el público destinatario.

Obras de esta naturaleza sólo son posibles si se tiene una gran amplitud de miras y se está convencido de las ventajas del trabajo en equipo. En el *Handwörterbuch*, los juristas alemanes, una vez más, aúnan esfuerzos colectivamente en beneficio de toda la comunidad de juristas en Europa y fuera de ella. Autores y editores del *Handwörterbuch* pueden estar seguros, además, de que obras como ésta ayudan a diluir la opinión, desgraciadamente todavía demasiado frecuente en otros países, según la cual el Derecho es, esencialmente, un producto nacional cuya europeización o internacionalización no es posible como regla general –o no en todas las materias– y, por ende, tal investigación no es un objetivo en sí mismo considerado sino, a lo sumo, un plus añadido al valor de las publicaciones *sobre derecho nacional*. Ojalá la mayor difusión que pueda tener la versión inglesa de esta obra, que se anuncia para el año 2011 en la *Oxford University Press*, contribuya a combatir eficazmente ese planteamiento.

Esther ARROYO AMAYUELAS  
Universitat de Barcelona



# BIBLIOGRAFÍA

## Revistas Españolas

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
Profesora de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones. II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*. Abreviaturas.

## DERECHO CIVIL

### INTRODUCCIÓN

- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «El malogrado registro de revocaciones de poderes», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 41 ss.
- DARDES, Francesca: «La transformación heterogénea y el principio de continuidad en el ordenamiento jurídico italiano», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 241 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «*Un solo mondo, un solo diritto?*», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 687 ss.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Francisco Javier: «El camino hacia un derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final?», en *AC*, núm.11, 2010.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Un cuarto de siglo crucial para el derecho civil de España», en *AC*, núm. 20, 2010.
- LLOVERAS FERRER, Marc-Roger: «La competencia en Dret civil en la STC sobre l'Estatut», en *InDret*, 4/2010.
- TARRAGÓN ALBELLA, Ernesto: «Regulación del mercado notarial», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 199 ss.

### DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La discapacidad como espectáculo» en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2010, pp. 19 ss.

- De las dificultades de alcanzar un equilibrio entre la libertad de expresión y algunos derechos fundamentales» en *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2010, pp. 17 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «La vulnerabilidad del menor», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 163 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina: «Reflexiones sobre el concepto de persona y la protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del *nasciturus* al *moriturus*», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 243 ss.
- CUESTA SÁENZ, José María: «Comentario al artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la propiedad privada como derecho fundamental», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 307 ss.
- DONADO VARA, Araceli: «Aproximación a las figuras tuitivas de menores e incapacitados en España», en *RGLJ*, núm. 2, 2010, pp. 277 ss.
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel: «La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad», en *EDJ*, núm. 155, 2009, pp. 159 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La senectud entre el Derecho civil y el Derecho social (1)», en *AC*, núm. 14, 2010.
- GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, León: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la igualdad de géneros», en *EDJ*, núm. 155, 2009, pp. 263 ss.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «Sentencia de 15 de enero de 2010: Protección de los contenidos publicitarios a través de la libertad de información y de la libertad de expresión. Límites a la libertad de información y a la libertad de expresión. Aplicación del art. 217 LEC y valoración de la prueba. Art. 24 CE e inadmisión de pruebas», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1769 ss.
- HUALDE MANSO, María Teresa: «Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba», en *RCDI*, núm. 720, 2010, pp. 1485 ss.
- LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B.: «¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España», en *InDret*, 4/2010.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira: «Las fundaciones: pasado y presente», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 385 ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Características de la libertad de información para que pueda ser constitucionalmente protegible», en *AC*, núm. 18, 2010.
- «Doctrina jurisprudencial para la validez constitucional del reportaje con cámara oculta: análisis de la STS de 25 de marzo de 2010», en *AC*, núm. 18, 2010.
- «Concepto de información veraz cuando se produce colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor», en *AC*, núm. 20, 2010.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea: «La ciudadanía europea y la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad (Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7520, 2010.
- MEDINA ALCOZ, María: «La tutela resarcitoria de las personas mayores: el *pretium senectutis* (1)», en *AC*, núm. 10, 2010.
- MORALES PRATS, Fermín: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *EDJ*, núm. 155, 2009, pp. 375 ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «Reflexiones críticas sobre la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y su utilidad práctica», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 589 ss.

- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La responsabilidad civil de los tutores», en *AC*, núm. 17, 2010.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs», en *InDret*, 4/2010.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Proyecto de Ley del Registro Civil» en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2010, pp. 17 ss.
- ZOCO ZABALA, Cristina: «Intercepción de las comunicaciones electrónicas», en *InDret*, 4/2010.

#### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Algunas reflexiones sobre la obligación alternativa», en *RDP*, núm. 5-6, 2010, pp. 3 ss.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Caracterización jurídica del contrato de *renting*», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 899 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «La nulidad de las cláusulas abusivas en contratos bancarios: a propósito de la STS 16 de diciembre de 2009 y la SAP Madrid 11 mayo de 2005», en *RDP*, núm. 3-4, 2010, pp. 69 ss.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret*, 4/2010.
- ARROYO VENDRELL, Tatiana: «Sentencia de 22 de febrero de 2010: Contrato de distribución sin pacto de exclusiva. Resolución del contrato de distribución por decisión unilateral del principal. Derecho del distribuidor al pago de la indemnización por clientela y aplicación por analogía del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Cálculo de la indemnización por clientela a razón del margen de beneficio obtenido por el distribuidor con la reventa y no por el contrario, a razón del descuento concedido por el principal al distribuidor sobre el precio del producto», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1817 ss.
- AZAGRA MALO, Albert: «Hacia una litigación sin horizontes: agregación procesal, exposición no ocupacional al amianto y placas pleurales», en *InDret*, 3/ 2010.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la STS de 16 de diciembre de 2009 sobre cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Diario La Ley*, núm. 7469, 2010.
- «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7507, 2010.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 207 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1603 ss.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos», en *RCDI*, núm. 720, 2010, pp. 1447 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «De nuevo a vueltas con la protección de los consumidores y usuarios», en *PDD*, núm. 86, 2010, pp. 5 ss.

- CAÑIZARES LASO, Ana: «Efectos del endeudamiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa: mecanismos de protección del comprador. Especial referencia al Art. 1504 CC y la moratoria del pago de los RD 195/2008 y 97/2009», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 421 ss.
- CASA GARCÍA, Rafael la: «En torno a la inembargabilidad de los derechos consolidados en los planes de pensiones», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 177 ss.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «La implementación de la nueva Directiva de crédito al consumo y la protección sustantiva de los usuarios de tarjeta de crédito», en *RDBB*, núm. 118, 2010, pp. 79 ss.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Actos y contratos gratuitos en el derecho cubano y en el español: ponencia inaugural de la IX Jornada de Contratos celebrada en La Habana durante el mes de enero de 2010 y dedicada al estudio de los contratos de naturaleza gratuita», en *RGLJ*, núm. 2, 2010, pp. 199 ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «Ejercicio de la acción civil en la hipótesis de que el proceso penal previo finalice sin sentencia», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 193 ss.
- DÍAZ VALES, Fernando: «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», en *RCDI*, núm. 719, 2010, pp. 923 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *RCDI*, núm. 719, 2010, pp. 981 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Indemnización complementaria por daños morales de familiares en caso de accidente de circulación (Tabla IV LRCSCVM). Análisis de su régimen jurídico a la luz de las resoluciones del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 51 ss.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 47 ss.
- FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo Abelardo: «La extensión del daño contractual», en *PDD*, núm. 88, 2010, pp. 5 ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Especial consideración del documento electrónico en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: la modificación de la Ley 56/2007», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 339 ss.
- «Especial consideración del documento electrónico en el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: la modificación de la Ley 56/2007», en *AC*, núm. 10, 2010.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo: «*Cloud computing*: sus implicaciones legales», en *RDNT*, núm. 23, 2010, pp. 79 ss.
- El «*cloud computing*», o computación en nube, es un sistema informático de prestación de servicios de negocio y tecnología, basado en Internet y centros de datos remotos, que permite al usuario gestionar archivos y utilizar aplicaciones sin necesidad de instalarlos, pagando únicamente por el consumo efectuado.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio: «Una modalidad específica de contrato preparatorio: la promesa de adquisición de bienes a un tercero» en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2010, pp. 93 ss.

- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Sentencia de 27 de mayo de 2009: Donación encubierta. Nulidad por simulación de la compraventa de la nuda propiedad y del usufructo vitalicio. Nulidad por falta de forma de las donaciones disimuladas. La escritura de compraventa no sirve como forma *ad solemnitatem* requerida para la donación», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1263 ss.
- «Sentencia de 13 de enero de 2010: Arrendamiento de local de negocio. Subrogación por parte de la viuda a título personal y no en representación de la comunidad hereditaria formarla con sus hijos.. Contrato verbal mensual a favor de estos, prolongado por tácita reconducción y extinguido por requerimiento del propietario. Fijación de doctrina sobre la DT 3.<sup>a</sup> LAU: sólo puede subrogarse un único descendiente y a condición de que éste continúe la actividad desarrollada en el local», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1747 ss.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando: «Endeudamiento del consumidor: hacia una ley de sobreendeudamiento», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 377 ss.
- GÓMEZ BLANES, Pablo: «Sentencia de 13 de octubre de 2009: Confianza. Solidaridad», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1515 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1645 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «Análisis de la oferta contractual desde la perspectiva del derecho contractual europeo», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 181 ss.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Sentencia de 9 de junio de 2009: Nulidad de contrato de compromiso de compraventa de establecimiento de Hipermercado en funcionamiento. Inexistencia de causa del negocio por apreciación de la doctrina sobre «causalización de los motivos». Doctrina sobre el decaimiento de la causa del negocio. Afectación de la validez de negocios instrumentales: contrato de opción de compra y constitución de hipoteca en garantía del cumplimiento. Electos del contrato en relación con actos previos respecto de los que la otra parte contratante es tercero de buena fe», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1299 ss.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción y SORIANO GUZMÁN, Francisco José: «Comercialización *on line* de productos de distribución selectiva», en *RDNT*, núm. 23, 2010, pp. 19 ss.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la: «La ineficacia del sobreprecio de la renta en los arrendamientos de vivienda protegida», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 225 ss.
- INFATE RUIZ, Francisco José: «La fianza general», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 29 ss.
- JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanesa: «Reflexiones en torno a la distribución en línea de contenidos digitales», en *RDNT*, núm. 23, 2010, pp. 65 ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción: «Concepto y límites del daño moral», en *RCDI*, núm. 720, 2010, pp. 1559 y ss.
- LLORENS DE ARQUER, Helena: «La regulación de la franquicia en México», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 195 ss.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de deberes conyugales», en *InDret*, 4/2010.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Privacidad y seguridad en el comercio electrónico: nuevos retos y desafíos», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 139.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, David y SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «El uso seguro y confiable del comercio electrónico: reflexiones sobre algunos de los novedosos instrumentos disponibles», *RDNT*, núm. 22, 2010, pp. 185 ss.
- MACÍA BOBES, Ramón: «El derecho de participación en la reventa de obras plásticas», en *Diario La Ley*, núm. 7478, 2010.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Cometido de los deberes profesionales del asesor fiscal y alcance de su responsabilidad profesional», en *AC*, núm. 17, 2010.
- «Actos de competencia desleal por el empleo de productos y marcas con denominación similar», en *PDD*, núm. 87, 2010, pp. 62 ss.
  - «El daño moral causado al autor de la obra intelectual», en *PDD*, núm. 88, 2010, pp. 685 ss.
  - «Responsabilidad de constructora por omisión de deberes de protección de trabajadores», en *PDD*, núm. 88, 2010, pp. 76 ss.
- MAGRO SEVET, Vicente: «El lucro cesante en la incapacidad permanente en los accidentes de circulación, STS de 25 de marzo de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7445, 2010.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil de la madre que obstaculizó la relación personal de su hijo menor con el padre titular de la guarda y custodia. Daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos: reconocimiento, criterio de imputación subjetiva y cuantificación. Plazo de prescripción de la acción e inicio de su cómputo. Doctrina de los daños continuados. Falta de condena en costas por existencia de serias dudas de hecho o derecho», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1369 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «La responsabilidad civil del abogado por la interposición de un proceso judicial infundado», en *Diario La Ley*, núm. 7458, 2010.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «La obligación de concluir acuerdos de franquicia en el seno de un contrato de Master Franquicia», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 211 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del Texto Refundido 1/2007», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 93 ss.
- MARTÍN SANTIESTEBA, Sonia: «La regulación de la figura del trust en Europa», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 133 ss.
- MEDIANA ALCOZ, María: «La donación modal y los efectos del incumplimiento de la carga», en *RCDI*, núm. 721, 2127, pp. 2045 ss.
- MILÁ RAFEL, Rosa: «Irretroactividad del plazo de prescripción del artículo 18.1 LOE», en *InDret*, 3/ 2010.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan: «La elección de orden jurisdiccional en las acciones indemnizatorias derivadas de accidentes laborales» en *PDD*, núm. 86, 2010, pp. 17 ss.
- MORALES PRATS, Fermín: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *EDJ*, núm. 155, 2009, pp. 375 ss.
- MORENO LISO, Lourdes: «Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios», en *Diario La Ley*, núm. 7514, 2010.
- MÚTULA LAFUENTE, Virginia: «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», en *RDP*, núm. 7-8, 2010, pp. 3 ss.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Tipología de los contratos de alojamiento turístico extrahotelero (1)», en *AC*, núm. 12, 2010.

- NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen: «Los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los establecimientos residenciales de personas mayores: cuestiones sobre su régimen y naturaleza jurídica», en *RCDI*, núm. 721, 2010, pp. 2175 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable», en *InDret*, 4/2010.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Sentencia de 12 de Noviembre de 2009: Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio: desistimiento unilateral; cuantía de la indemnización: lucro cesante», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1551 ss.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Cesión de créditos futuros y factoring», en *InDret*, 4/2010.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Algunas cuestiones problemáticas en materia de arrendamientos urbanos: su solución según la jurisprudencia más reciente» en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2010, pp. 47 ss.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La responsabilidad civil de los tutores», en *AC*, núm. 17, 2010.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Fomento de la vivienda en alquiler: novedades introducidas por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2010, pp. 29 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo: «Declaración post mortem de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima (1)», en *AC*, núm. 16, 2010.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen: «Sentencia de 17 de julio de 2009: Cumplimiento del contrato. Resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio. Eficacia de la resolución practicada extrajudicialmente. Forma del requerimiento resolutorio. Validez del realizado por otros medios fehacientes diferentes al Judicial o notarial exigido en el Código Civil», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1417 ss.
- PIZARRO MORENO, Eugenio: «Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 25 ss.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «El derecho de subrogación en los arrendos locativos», en *RCDI*, núm. 719, 2010, pp. 1053 ss.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y SALVADOR CODERCH, Pablo (Coords.): «100 casos de derecho de daños (2004-2009)», en *InDret*, 4/2010.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Sentencia de 18 de marzo de 2010: Arrendamientos urbanos. Extinción del contrato por voluntad unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo pactado. Indemnización al arrendador. Interpretación del art. 56 LAU 1964», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1851 ss.
- El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg de 16 de noviembre», en *RDP*, núm. 5-6, 2010, pp. 15 ss.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel: «La causa en los contratos de garantía», en *AC*, núm. 16, 2010.
- REPRESA POLO, María Patricia: «La relación entre deudor cedido-cesionario: las excepciones oponibles» en *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2010, pp. 83 ss.
- REYES LÓPEZ, María José: «El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 611 ss.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «La Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 153 ss.

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia: «La reforma de los códigos, civil y de comercio: la unificación del derecho de obligaciones y contratos y la sede normativa del derecho de consumo», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 119 ss.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles: «La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 167 ss.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «El resarcimiento en el contrato de obra en caso de desistimiento», en *PDD*, núm. 85, 2010, pp. 4 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad: comentario crítico de los artículos 13, 16, 1 y concordantes del anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RGLJ*, núm. 2, 2010, pp. 309 ss.
- Sobre la permuta y su utilidad», en *RGLJ*, núm. 3, 2010, pp. 531 ss.
- RUBÍ PUIG, Antoni: «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs», en *InDret*, 4/2010.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Partida de bacarrá, inexigibilidad de lo ganado e irrepetibilidad de lo pagado: STS 10 de abril de 2010» en *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2010, pp. 19 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (Coords.): «100 casos de derecho de daños (2004-2009)», en *InDret*, 4/2010.
- SANJUAN MUÑOZ, Enrique: «La protección del patrimonio del comprador de vivienda ante el concurso del promotor inmobiliario», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 15 ss.
- SANZ, Rafael: «La financiación de la compraventa de la vivienda familiar en contextos de crisis», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 299 ss.
- SORIANO GUZMÁN, Francisco José y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción: «Comercialización *on line* de productos de distribución selectiva», en *RDNT*, núm. 23, 2010, pp. 19 ss.
- TORAL LARA, Estrella: «La responsabilidad civil en los accidentes de circulación derivados de una colisión múltiple por alcance», en *PDD*, núm. 85, 2010, pp. 51 ss.
- TORRES LÓPEZ, Alberto: «La protección del comprador de la vivienda en los momentos previos a la consumación del contrato», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 63 ss.
- VARGAS ARAVENA, David G.: «Responsabilidad civil y matrimonio», en *PDD*, núm. 87, 2010, pp. 5 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable», en *AC*, núm. 14, 2010.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «Daños ocasionados por la velocidad inadecuada en la circulación de vehículos», en *PDD*, núm. 84, 2010, pp. 55 ss.
- XIOL BARDAJÍ, María: «Monetarización de los daños por “vacaciones frustradas” en Derecho alemán y Derecho español», en *InDret*, 4/2010.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *PDD*, núm. 84, 2010, pp. 6 ss.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «La indemnización de ciertos daños como posible causa de preferencia crediticia en ejecuciones singulares: una reflexión *de lege ferenda* (1)», en *AC*, núm. 15, 2010.

- «La convención de Nueva York de 2006 y las obligaciones de las personas con discapacidad: la responsabilidad por daños en el ámbito del Civil Law y del Common Law», en *RDP*, núm. 7-8, 2010, pp. 65 ss.
- YSÁS I SOLANES, María: «La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado», en *AC*, núm. 13, 2010.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate: (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, núm. 721, 2010, pp. 2045 ss.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «El régimen de los complejos inmobiliarios privados en el Ley de Propiedad Horizontal», en *RdDP*, núm. 24, 2010, pp. 151 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7507, 2010.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda: «Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros: algunos problemas prácticos», en *RCDI*, núm. 720, 2010, pp. 1681 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Tres cuestiones sobre hipotecas e instalaciones fotovoltaicas», en *Diario La Ley*, núm. 7518, 2010.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «Procedimiento y personalidad jurídica en la Ley de Propiedad Horizontal: necesidad de reforma o de nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *AC*, núm. 19, 2010.
- CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime: «La prescripción adquisitiva como base suficiente para promover el expediente de dominio», en *Diario La Ley*, núm. 7478, 2010.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial» en *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2010, pp. 23 ss.
- DÍAZ VALES, Fernando: «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», en *RCDI*, núm. 719, 2010, pp. 923 ss.
- FRAMIÑÁN SANTAS, Javier: «La prohibición de explotación indirecta de la patente: su función y naturaleza» en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2010, pp. 61 ss.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Sentencia de 15 de octubre de 2009: Nulidad de estatutos de comunidad de propietarios. Acción de cesación. Alteración elementos comunes. Daños y perjuicios», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1523 ss.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael: «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 719, 2010, pp. 1001 ss.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Sentencia de 19 de junio de 2009: Nulidad de contrato de compromiso de compraventa de establecimiento de Hipermercado en funcionamiento. Inexistencia de causa del negocio por apreciación de la doctrina sobre “causalización de los motivos”, Doctrina sobre el decaimiento de la causa del negocio. Afectación de la validez de negocios instrumentales: contrato de opción de compra y constitución de hipoteca en garantía del cumplimiento. Efectos del contrato en relación

- con actos previos respecto de los que la otra parte contratante es tercero de buena fe», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1299 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *RGLJ*, núm. 3, 2010, pp. 423 ss.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «La facultad dispositiva sobre el espacio privado de la propiedad horizontal con destino «piso-vivienda» según el descriptor estatutario», en *RDP*, núm. 3-4, 2010, pp. 41 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *RCDI*, núm. 721, 2010, pp. 2079 ss.
- MAGRO SEVET, Vicente: «Consecuencias jurídicas de las actividades prohibidas y molestas y del cumplimiento de las normas de régimen interno en la propiedad horizontal. Un caso de legado alternativo», en *Diario La Ley*, núm. 7476, 2010.
- MARÍN CALERO, Carlos: «Coordinación del Catastro con el registro de la propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 409 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquín: «Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas”», en *Diario La Ley*, núm. 7442, 2010.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España», en *RDP*, núm. 5-6, 2010, pp. 59 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Sentencia de 11 de diciembre de 2009: Modificación del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal una vez se ha iniciado la venta de los pisos o locales y antes del otorgamiento de las respectivas escrituras públicas con valor de tradición», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1633 ss.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Juan Ignacio: «El problema de la aplicación de las normas de la accesión al constructor en suelo ajeno ligado por una previa relación jurídica con el dueño del suelo: el caso del usufructuario», en *AC*, núm. 13, 2010.
- PIPAÓN PULIDO, Jorge: «Aspectos generales de la propiedad intelectual: el autor y el titular, la obra asalariada y la Administración como empresario», en *Diario La Ley*, núm. 7517, 2010.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Sentencia de 2 de diciembre de 2009: Doble ejecución judicial con subasta de cosa inmueble. Doble inmatriculación. Título y modo y venta judicial. Perfección y consumación de la venta judicial. ¿Aplicabilidad del art. 1473 CC?», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1569 ss.
- SÁCHEZ CAÑERO ARRIBAS, Blanca: «El deslinde administrativo: aspectos civiles y registrales», en *RCDI*, núm. 720, 2010, pp. 1647 ss.
- TAMAYO HAYA, Silvia: «Presentación telemática de escrituras en los Registros de la Propiedad», *RDNT*, núm. 22, 2010, pp. 33 ss.
- VERDERA SERVER, Rafael Antonio: «Tercería de dominio y adquisición de la propiedad inmobiliaria en subasta judicial», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 81 ss.

## DERECHO DE FAMILIA

- ALMAGRO NOSETE, José: «Un disputado premio de lotería: unión *more uxorio*», en *Diario La Ley*, núm. 7428, 2010.

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «Sentencia de 31 de julio de 2009: Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1429 ss.
- «Sentencia de 11 de marzo de 2010: Guarda y custodia compartida», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1833 ss.
- BEYEBACH, Mark: «La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 295 ss.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Mediación Familiar: estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica», en *AC*, núms. 14 y 15, 2010.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español», en *AC*, núm. 19, 2010.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial» en *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2010, pp. 23 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 203 ss.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad», en *Diario La Ley*, núm. 7443, 2010.
- FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad de la: «Presupuestos del contrato de alimentos: obligación legal versus obligación convencional», en *RDF*, núm. 47, 2010, pp. 77 ss.
- GAFFAL, Margit: «Sentencia de 28 de septiembre de 2009: Guarda y custodia de la hija menor tras sentencia de separación contenciosa. Distinción entre guarda compartida y guarda exclusiva con un régimen de visitas intersemanal muy amplio. La desatención al interés del menor como motivo casacional», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1461 ss.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «La moderna jurisprudencia sobre Derecho de familia», en *AC*, núm. 20, 2010.
- HUALDE MANSO, María Teresa: «Hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el Derecho sucesorio navarro», en *RJN*, núm. 49, 2010, pp. 47 ss.
- «Uniones extramatrimoniales y premios de la lotería: comentario a la STS, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2010» en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2010, pp. 37 ss.
- LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo: «Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010.
- LAUROBA LACASA, María Elena: «Sentencia de 8 de octubre de 2009: Custodia compartida. Interés superior del menor. Criterios de delimitación del interés. Falta de motivación de la sentencia», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1477 ss.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de deberes conyugales», en *InDret*, 4/2010.
- LORENZO REGO, Irene: «Hacia la codificación de la pareja estable», en *AC*, núm. 20, 2010.
- MARFIL GÓMEZ, Jorge A.: «El arbitraje en el Derecho de Familia en España: un reto de futuro», en *RDF*, núm. 48, 2010, pp. 25 ss.

- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «¿Es indemnizable la infidelidad?», en *RDF*, núm. 47, 2010, pp. 29 ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Reservas contables y sociedad de ganancias», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 11 ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España», en *RDP*, núm. 5-6, 2010, pp. 59 ss.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: «La protección de menores: una perspectiva constitucional», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 11 ss.
- MORÁN GONZÁLEZ, Isabel: «El ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 71 ss.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Sentencia de 9 de febrero de 2010: Validez del pacto de renuncia temporal a la pensión compensatoria por uno de los cónyuges. Imposibilidad de conversión de la pensión alimenticia al cónyuge en pensión compensatoria en el momento de la disolución del matrimonio», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1803 ss.
- MORENO VELASCO, Víctor: «Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7425, 2010.
- Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio», en *Diario La Ley*, núm. 7433, 2010.
  - La ejecución provisional de las sentencias de nulidad, separación, divorcio y modificaciones de medidas: una interpretación de los artículos 525.1.1, 774.5 y 777.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7483, 2010.
  - La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria», en *Diario La Ley*, núm. 7522, 2010.
- PARREÑO TAPIA, Jaime: «La custodia compartida en la doctrina de las audiencias provinciales», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 211 ss.
- PÉREZ GALVÁN, María: «Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que afectan a los procesos de familia», en *Diario La Ley*, núm. 7470, 2010.
- PÉREZ MONGE, Marina: «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad», en *RDP*, núm. 7-8, 2010, pp. 41 ss.
- PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita: «La guarda custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de reencuentro familiar», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 243 ss.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Análisis doctrinal y jurisprudencial», en *Diario La Ley*, núm. 7449, 2010.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas: Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 y las limitaciones al derecho de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, 2010.
- La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7502, 2010.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: «Maltrato y separación: repercusiones en los hijos», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 117 ss.

- SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores: «Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio e hijos menores: problemas de ejecución», en *RDF*, núm. 48, 2010, pp. 35 ss.
- SIMÓN GIL, Marta: «Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia», en *CDJ*, núm. 2, 2009, pp. 175 ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio: «La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera», en *Diario La Ley*, núm. 7459, 2010.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución: (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Cuestiones de derecho de familia ante la violencia de género», en *RDF*, núm. 47, 2010, pp. 49 ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «El tratamiento de las deudas de los cónyuges en la liquidación del patrimonio familiar: cuestiones sustantivas y procesales en función del régimen económico. Especial referencia al art. 541 LEC», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 537 ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- ALMAGRO NOSETE, José: «Un caso de legado alternativo», en *Diario La Ley*, núm. 7474, 2010.
- BRIONES, José: «Las legítimas: una parcela de libertad por redimir», en *Diario La Ley*, núm. 7460, 2010.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Sentencia de 3 de diciembre de 2009: Sucesión testamentaria. Purificación de la institución de heredero sujeta a condición, suspensiva potestativa de hechos pasados, conocida tras el fallecimiento de la testadora, por no haber tenido lugar el supuesto de hecho en que se habría activado la cláusula condicional», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1587 ss.
- LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: «Sentencia de 10 de diciembre de 2009: Colación. Valoración de los bienes donados sujetos a colación. Interpretación del testamento», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1617 ss.
- MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: «El certificado sucesorio europeo: propuesta reglamentaria», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 547 ss.
- MIRANDA ESTAMPES, Manuel: «Principio de igualdad, prohibición de discriminación por razón de filiación y sustitución fideicomisaria», en *Diario La Ley*, núm. 7424, 2010.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo: «Declaración post mortem de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima (1)», en *AC*, núm. 16, 2010.
- ROMERO COLOMA, Aurelia Marfa: «Testamento y personas ancianas: problemática jurídica», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 651 ss.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Acerca de la posibilidad de impugnación de la desheredación por subrogación», en *Diario La Ley*, núm. 7502, 2010.

## DERECHO MERCANTIL

## PARTE GENERAL. EMPRESA

- AYALA MUÑOZ, José María: «Aspectos jurídico-procesales del nuevo derecho de la competencia desleal», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 119 ss.
- ARGUDO PÉREZ, José Luis: «Sentencia de 29 de junio de 2009: Derecho comunitario de la competencia. Contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro en estaciones de servicio, y otros conexos. Diferencias entre agente comisionista y revendedor en firme. Cumplimiento y nulidad de los contratos», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1339 ss.
- «Sentencia de 13 de julio de 2009: Contrato de abanderamiento y suministro a estaciones de servicio. Contrato de comisión mercantil. Diferencias entre el agente «genuino» y «no genuino» en el Derecho comunitario de la competencia. Determinación del precio en el contrato: precio de adquisición del producto y de venta al público», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1391 ss.
- BELDA CASANOVA, César: «La presentación de las cuentas mercantiles por documento privado en los registros mercantiles: una novedad peligrosa», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 217 ss.
- CAMARDI, Carmelita: «Prácticas comerciales desleales e invalidez de los contratos: la transposición en Italia de la Directiva» en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2010, pp. 47 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «Sentencia de 20 de enero de 2010: Relación entre las marcas, nombre comercial y competencia desleal. Se requiere la participación de la marca en el mercado español para estar legitimado activamente en pos de ejercer las acciones tuitivas. Establecimiento del día de inicio del plazo de prescripción en el supuesto de ilícitos continuados. Protección en España del nombre comercial extranjero no usado ni registrado en el mercado español», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1785 ss.
- «Una mirada reflexiva hacia la identidad y recorrido de la insolvencia empresarial», en *RDP*, núm. 3-4 2010, pp. 3 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, M. Isabel y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa: «¿Tienen posibilidad los juzgados de lo mercantil de conocer a fondo los asuntos en materia de propiedad industrial?», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 63 ss.
- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, Diego: «La revisión jurisdiccional de las inspecciones de la Comisión Nacional de la Competencia», en *GJ*, núm. 17, 2010, pp. 5 ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «El régimen jurídico de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 71 ss.
- FELTRER RAMBAUD, Loreto: «La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones administrativas en materia de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 17, 2010, pp. 11 ss.
- FERNANDO MAGARZO, María Rosario: «Códigos de conducta», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 91 ss.
- FRAMIÑÁN SANTAS, Javier: «La infracción indirecta de patente: problemática relativa a la indemnización de daños», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 943 ss.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «Sentencia de 1 de junio de 2009: Cláusula penal establecida para el caso de infracción de prohibición de competen-

- cia incorporada a un contrato de transmisión de las acciones de una sociedad anónima», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1285 ss.
- GARBAYO BLANCH, Juan: «Dos empresas y una misma marca, y... ¿los consumidores? La libertad en la cesión de marcas al amparo de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010», en *GJ*, núm. 18, 2010, pp. 83 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 21 de diciembre de 2009: Compraventa de acciones y compraventa de empresa: defectos ocultos en el activo principal de la sociedad. Calificación e interpretación de los contratos. Causa de los contratos y móvil casualizado», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1729 ss.
- IRACULIS ARREGUI, Nerea: «Publicidad ilícita y competencia desleal por infracción de normas publicitarias», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 155 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena e IRACULIS ARREGUI, Nerea: «La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009», en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2010, pp. 87 ss.
- LORCA MORALES, Teresa: «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», en *GJ*, núm. 18, 2010, pp. 60 ss.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando y PUETZ, Achim: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 17 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Las subastas con precio de reserva ante el derecho de la competencia. Reflexiones al hilo de una jurisprudencia reciente», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 993 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier: «La reforma del régimen legal contra la morosidad: ¿un avance en la represión de las malas prácticas de pago?», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 215 ss.
- MUÑOZ DE DIOS, María: «Las restricciones accesorias a operaciones de concentración en la Ley 15/2007», en *GJ*, núm. 17, 2010, pp. 33 ss.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «Sobre la compatibilidad de la normativa de ordenación de comercio y protección de los consumidores con la directiva sobre prácticas comerciales desleales o la adaptación pendiente», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 175 ss.
- PUETZ Achim y MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 17 ss.
- RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa y CANDELARIO MACÍAS, M. Isabel: «¿Tienen posibilidad los juzgados de lo mercantil de conocer a fondo los asuntos en materia de propiedad industrial?», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 63 ss.
- TATO PLAZA, Anxo: «La reforma de la Ley General de Publicidad», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 141 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «El *spam* y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 1083 ss.
- VELASCO FABRA, Guillermo José: «El nombramiento judicial de auditor de cuentas del artículo 40 del Código de Comercio (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2008)», en *RDM*, núm. 276, 2010, pp. 715 ss.
- VIERA GONZÁLEZ, A. Jorge: «La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del derecho español de competencia desleal», en *RCD*, núm. 7, 2010, pp. 45 ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- ALONSO LEDESMA, Carmen: «Legislar con prisas conduce, casi siempre, a cometer errores: la supresión de la limitación de voto en las sociedades anónimas cotizadas y la posible nulidad, en la materia, del reciente Texto Refundido de las Sociedades de Capital. La ejecución provisional de las sentencias de nulidad, separación, divorcio y modificaciones de medidas: una interpretación de los artículos 525.1.1, 774.5 y 777.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7490, 2010.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La responsabilidad civil de los administradores sociales», en *AC*, núm. 16, 2010.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital», en *Diario La Ley*, núm. 7516, 2010.
- CRUZ RIVERO, Diego: «La acefalia en las leyes de cooperativas españolas», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 37 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «Una perspectiva italiana sobre la evolución reciente del derecho europeo de sociedades», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 1053 ss.
- FERRANDO VILLALBA, María de Lourdes: «La transformación heterogénea. En especial, la transformación de y en sociedades cooperativas», en *RdDP*, núm. 25, 2010, pp. 107 ss.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «Sentencia de 1 de junio de 2009: Cláusula penal establecida para el caso de infracción de prohibición de competencia incorporada a un contrato de transmisión de las acciones de una sociedad anónima», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1285 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 21 de diciembre de 2009: Compraventa de acciones y compraventa de empresa: defectos ocultos en el activo principal de la sociedad. Calificación e interpretación de los contratos. Causa de los contratos y móvil casualizado», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1729 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Reflexionando sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 363 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La configuración estatutaria del deber de diligente administración», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 125 ss.
- IMMENGA, Ulrico: «Ordenación económica y derecho de sociedades», en *RDM*, núm. 276, 2010, pp. 541 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Modificaciones estructurales societarias y adhesión al sistema arbitral de consumo», en *RDM*, núm. 276, 2010, pp. 561 ss.
- LARRIBA DÍAZ-ZORITA, Alejandro y MIR FERNÁNDEZ, Carlos: «Aspectos contables de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 167 ss.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «Las crisis de las sociedades cotizadas y el régimen de opa», en *AFDUAM*, núm. 14, 2010, pp. 141 ss.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «El régimen de exigencia de la obligación de dividendos pasivos tras la reforma operada por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 201 ss.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «Los pactos parasociales como instrumento de protección del socio minoritario: Una propuesta de contenido mínimo», en *Diario La Ley*, núm. 7422, 2010.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel: «La administración desleal societaria en el derecho penal español», en *InDret*, 3/ 2010.
- MARTÍ MOYA, Vanesa: «El *Merger Leveraged Buy-Out* o fusión apalancada a la luz de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RDM*, núm. 276, 2010, pp. 607 ss.
- MARTÍN REYES, María de los Ángeles: «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 835 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada. Primera parte», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 51 ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Reservas contables y sociedad de ganancias», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 11 ss.
- MIR FERNÁNDEZ, Carlos y LARRIBA DÍAZ-ZORITA, Alejandro: «Aspectos contables de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 167 ss.
- NAVARRO MATAMOROS, Linda: «Viabilidad de las ventajas características de la sociedad por acciones simplificada francesa en el derecho español de sociedades», en *RDM*, núm. 276, 2010, pp. 687 ss.
- OLIVERA MASSÓ, Pablo: «Impugnación de Cuentas Anuales de las Sociedades Mercantiles: una propuesta de análisis sistemático de sus causas, efectos y especialidades», en *Diario La Ley*, núm. 7438, 2010.
- PAZ-ARES, Cándido: «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo», en *InDret*, 4/2010.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril: sus repercusiones registrales», en *RCDI*, núm. 721, 2010, pp. 2223 ss.; y en *Diario La Ley*, núm. 7425, 2010.
- PÉREZ MILLÁN, David: «Pactos parasociales, actuación en concierto y OPA obligatoria», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 95 ss.
- PULGAR ESQUERRA, Juana: «El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 19 ss.
- RECALDE, Andrés y SCHÖNNENBECK, Phillip: «La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 1065 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Las nuevas SOCIMI ante el fracaso de los instrumentos de estímulo de la vivienda en alquiler en España», en *RDBB*, núm. 119, 2010, pp. 109 ss. Las «SOCIMI» son sociedades anónimas cotizadas, reguladas por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, sobre Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. El objeto de estas sociedades es la adquisición y promoción de bienes inmuebles urbanos para su arrendamiento, la participación en otras SOCIMI de naturaleza similar, así como la tenencia de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria (Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva).
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «La administración desleal societaria en el derecho penal español», en *InDret*, 3/ 2010.
- SÁEZ LACAVE, María Isabel: «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español: Una materia en manos de los jueces», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 103 ss.

- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «El acuerdo social en la sociedad anónima. Reflexiones en torno a su naturaleza jurídica», en *AC*, núm. 12, 2010.
- SCHÖNNENBECK, Phillip y RECALDE, Andrés: «La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 1065 ss.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «La retribución de los administradores en tiempos de crisis: nuevos hechos, nuevo Derecho», en *RDBB*, núm. 118, 2010, pp. 197 ss.

#### INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- BELDA CASANOVA, César: «La presentación de las cuentas mercantiles por documento privado en los registros mercantiles: una novedad peligrosa», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 217 ss.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «El coste de las cajas de ahorros y la atribución de derechos políticos a las cuotas participativas», en *RDS*, núm. 34, 2010, pp. 217 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «La incorporación de las calificaciones de créditos a la regulación de los Mercados Financieros. Las NRSO», en *RDBB*, núm. 119, 2010, pp. 53 ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «Acotación del Derecho de los mercados de “valores e instrumentos financieros” en tiempos de cambio (supervisión, transparencia y nuevos productos financieros)», en *RDBB*, núm. 118, 2010, pp. 9 ss.
- «Crisis y eficacia de los controles (1) sobre los mercados financieros: Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regulación del sistema financiero», en *AFDUAM*, núm. 14, 2010, pp. 121 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «El principio de homogeneidad operativa del mercado de valores y las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 118, 2010, pp. 41 ss.

#### CONTRATOS MERCANTILES

- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Caracterización jurídica del contrato de *renting*», en *RDM*, núm. 277, 2010, pp. 899 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales entre empresas ¿Una infracción de las exigencias de la Directiva?: comentario a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2010, pp. 23 ss.
- ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «Sentencia de 13 de julio de 2009: Contrato de abanderamiento y suministro a estaciones de servicio. Contrato de comisión mercantil. Diferencias entre el agente “genuino” y “no genuino” en el Derecho comunitario de la competencia. Determinación del precio en el contrato: precio de adquisición del producto y de venta al público», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1391 ss.
- ARROYO VENDRELL, Tatiana: «Sentencia de 22 de febrero de 2010: Contrato de distribución sin pacto de exclusiva. Resolución del contrato de distri-

- bución por decisión unilateral del principal. Derecho del distribuidor al pago de la indemnización por clientela y aplicación por analogía del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Cálculo de la indemnización por clientela a razón del margen de beneficio obtenido por el distribuidor con la reventa y no por el contrario, a razón del descuento concedido por el principal al distribuidor sobre el precio del producto», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1817 ss.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo: «*Cloud computing*: sus implicaciones legales», en *RDNT*, núm. 23, 2010, pp. 79 ss.
- El «*cloud computing*», o computación en nube, es un sistema informático de prestación de servicios de negocio y tecnología, basado en Internet y centros de datos remotos, que permite al usuario gestionar archivos y utilizar aplicaciones sin necesidad de instalarlos, pagando únicamente por el consumo efectuado.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 21 de diciembre de 2009: Compraventa de acciones y compraventa de empresa: defectos ocultos en el activo principal de la sociedad. Calificación e interpretación de los contratos. Causa de los contratos y móvil casualizado», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1729 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1645 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Privacidad y seguridad en el comercio electrónico: nuevos retos y desafíos», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 139 ss.
- PRADES LÓPEZ, Jorge: «Pólizas mercantiles y autocontrato», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 229 ss.

#### TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Posesión, registro contable y valores negociables tabulares», en *RDBB*, núm. 119, 2010, pp. 7 ss.
- PRADES LÓPEZ, Jorge: «Pólizas mercantiles y autocontrato», en *CDC*, núm. 52, 2009, pp. 229 ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «Acotación del Derecho de los mercados de “valores” e “instrumentos financieros” en tiempos de cambio (supervisión, transparencia y nuevos productos financieros)», en *RDBB*, núm. 118, 2010, pp. 9 ss.
- SANZ ACOSTA, Luis: «La controvertida naturaleza jurídica del juicio cambiario», en *Diario La Ley*, núm. 7506, 2010.

#### DERECHO CONCURSAL

- ALAMEDA CASTILLO, María Teresa: «La alteración de condiciones salariales en empresas concursadas», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 201 ss.
- ALBALADEJO CAMPOY, Miguel A.: «Cuestiones para la reforma de la Ley Concursal: ¿créditos hipotecarios subordinados?», en *Diario La Ley*, núm. 7522, 2010.

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Algunas reflexiones sobre la declaración de concurso tras el RD-Ley 3/2009», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 143 ss.
- «Los obligacionistas como acreedores concursales», en *RDCP*, núm. 13, 2010, pp. 53 ss.
- CARBALLO PIÑEIRO, Laura: «*Vis attractiva concursus* in the European Union: its development by the European Court of Justice», en *InDret*, 3/ 2010.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «Entre la paraconcuralidad y la jurisdiccionalidad del concurso: (la declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 163 ss.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «El modelo legal de retribución del administrador concursal», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 257 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Una lectura preconcurzal del régimen jurídico de los «acuerdos de refinanciación»: el expediente registral preconcurzal», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 9 ss.
- FISCHER, Gero: «La incapacidad de pago», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 133 ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Sistema concursal: aspectos generales, deudas de empresarios y de particulares tras el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», en *CDJ*, núm. 1, 2009, pp. 131 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *RGLJ*, núm. 3, 2010, pp. 423 ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «El régimen de apelación diferida hasta «la apelación más próxima» y la conveniencia de su sustitución por una suspensión de la tramitación de la apelación», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 177 ss.
- MARTÍNEZ CASADO, Valentín: «El tratamiento de la insolvencia de un grupo de sociedades francés implantado en España», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 235 ss.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución», en *RDCP*, núm. 13, 2010, pp. 87 ss.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: «La responsabilidad de los administradores concursales», en *Diario La Ley*, núm. 7522, 2010.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación», en *RDCP*, núm. 13, 2010, pp. 19 ss.
- RUBIO, Javier: «El deber legal de solicitud de concurso y el patrón de conducta de los administradores de la sociedad insolvente», en *ADCon*, núm. 21, 2010, pp. 81 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La compensación de créditos mediante su conversión en acciones como medida de refinanciación de las sociedades cotizadas y la obligación de formular una OPA», en *RDCP*, núm. 13, 2010, pp. 107 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como derecho paraconcurzal», en *RDCP*, núm. 13, 2010, pp. 27 ss.

**DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE**

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Mecanismos jurídicos para la limitación de la oferta de suelo», en *RDU*, núm. 258, 2010, pp. 71 ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «Las fundaciones ambientales en España», en *RDA*, núm. 18, 2010, pp. 13 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «La corrupción mal endémico del urbanismo español», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 89 ss.
- ALONSO FERNÁNDEZ, Antonio: «Aproximaciones técnicas a los conceptos de “malla urbana”, “trama urbana”, y “red de dotaciones y servicios propia de los núcleos de población”», en *RDU*, núm. 256, 2010, pp. 11 ss.
- ARAGAO, Alexandra: «El principio de precaución y la aceptabilidad social del riesgo. La busca del nivel adecuado de protección en una Europa diversificada», en *RDA*, núm. 18, 2010, pp. 73 ss.
- BASSOLS COMA, Martín: «La problemática de los riesgos en el derecho urbanístico», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 11 ss.
- BENGOETXEA ARRIETA, Francisco: «Los efectos de la Jurisprudencia del TSJ de Cataluña en el nuevo régimen urbanístico para la instalación de parques eólicos e instalaciones fotovoltaicas en suelo no urbanizable», en *RDU*, núm. 258, 2010, pp. 47 ss.
- CARUZ ARCOS, Eduardo y GARCÍA ERVITI, Federico: «El concepto urbanístico de alineación y su relación con la protección de los conjuntos históricos», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 79 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Los principios de competencia y jerarquía en la articulación entre instrumentos de planeamiento: el ámbito de los planes especiales y de los estudios de detalle en la legislación urbanística madrileña», en *RDU*, núm. 258, 2010, pp. 13 ss.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier: «Los delitos urbanísticos en la reforma del Código Penal», en *RDU*, núm. 260, 2010, pp. 107 ss.
- FERNÁNDEZ ÉVANGELISTA, Guillem y PONCE SOLÉ, Juli: «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar: nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 39 ss.
- FERNÁNDEZ FERRERAS, Carlos: «La nueva ordenación urbanística del medio rural en el Principado de Asturias (1.ª parte)», en *RDU*, núm. 259, 2010, pp. 79 ss.; y 2.ª parte en *RDU*, núm. 260, 2010, pp. 29 ss.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael: «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico. Parte segunda», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 15 ss.
- FLORES DOMÍNGUEZ, Luis Enrique: «Los instrumentos de intervención en el mercado del suelo en Andalucía: propuestas ante la crisis económica», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 133 ss.
- GALARZA, César J. y FRAGA, Diego N.: «Las haciendas locales frente al cambio climático», en *RDA*, núm. 18, 2010, pp. 137 ss.
- GARCÍA, María Jesús: «La celebración de consultas populares con motivo de la aprobación inicial de un plan general de ordenación urbana», en *RDU*, núm. 256, 2010, pp. 39 ss.
- GARCÍA CARRO, M.ª Aránzazu: «El plazo para la ejecución subsidiaria de una orden de demolición», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 155 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico y CARUZ ARCOS, Eduardo: «El concepto urbanístico de alineación y su relación con la protección de los conjuntos históricos», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 79 ss.

- GARCÍA RUBIO, Fernando: «La legislación forestal y su incidencia sobre el derecho y la actividad urbanística», en *RDU*, núm. 256, 2010, pp. 145 ss.
- GARCÍA SANZ, Francisco Javier: «Estudio de reciente Jurisprudencia sobre planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 258, 2010, pp. 113 ss.
- GEIS CARRERAS, Gemma: «Problemas específicos y últimos avances jurisprudenciales en materia de ejecución de sentencias urbanísticas», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 129 ss.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada como consecuencia del delito de incendio forestal», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 145 ss.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «Los sistemas de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *RDA*, núm. 18, 2010, pp. 105 ss.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando: «Las obras de edificación en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: presupuestos para su ejecución y particularidades en el suelo urbanizable y no urbanizable», en *RDU*, núm. 260, 2010, pp. 149 ss.
- HUMERO MARTÍN, Antonio Eduardo: «Valoración de las concesiones administrativas, derechos reales, fincas gravadas con cargas e indemnizaciones a favor de los arrendatarios urbanos, rústicos y de locales de negocio, dentro del marco legislativo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 105 ss.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier: «Publicidad y eficacia en la Gestión Pública Urbanística: especial incidencia en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 49 ss.
- LATORRE HERNÁNDEZ, Manuel y PLA TORMO, Begoña: «El Registro Municipal de Solares y Edificios a rehabilitar: su regulación en la Normativa Urbanística Valenciana en relación con el nuevo TRLS 2/2008», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 17 ss.
- LUEÑA HERNÁNDEZ, Jorge Agustín: «El concepto de plusvalía urbanística y su evolución dentro del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008», en *RDU*, núm. 259, 2010, pp. 17 ss.
- MARGARIT CABALLÉ, Jaume: «La Desviación de Poder en el ámbito urbanístico», en *RDU*, núm. 256, 2010, pp. 71 ss.
- MARTÍN-MERINO Y BERNADOS, Javier: «El sistema de compensación urbanística en la Comunidad de Madrid: patologías de tramitación», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 101 ss.
- MENGOLI, Giancarlo: «La propiedad y la planificación: conflictos y perspectivas», en *RDU*, núm. 260, 2010, pp. 17 ss.
- MOLINA GIMÉNEZ, Andrés: «La disciplina territorial del riesgo de inundaciones en el ordenamiento jurídico español», en *RDA*, núm. 18, 2010, pp. 39 ss.
- MORA RUIZ, Manuela: «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 167 ss.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Derecho privado y gestión urbanística: aspectos sustantivos y registrales», en *RJNot.*, núm. 73, 2010, pp. 733 ss.

- ORTIZ BALLESTER, Josep: «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la LS 07 en el Derecho Urbanístico Valenciano: la valoración del suelo en el proyecto de reparcelación», en *RDU*, núm. 259, 2010, pp. 173 ss.
- PAYÀ GASENT, Josep Antoni: «Las “Áreas Semiconsolidadas” de la Ley Urbanística Valenciana: un invento peligroso e innecesario», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 11 ss.
- PLA TORMO, Begoña y LATORRE HERNÁNDEZ, Manuel: «El Registro Municipal de Solares y Edificios a rehabilitar: su regulación en la Normativa Urbanística Valenciana en relación con el nuevo TRLS 2/2008», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 17 ss.
- PONCE SOLÉ, Juli y FERNÁNDEZ EVANGELISTA, Guillem: «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar: nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia», en *RDU*, núm. 255, 2010, pp. 39 ss.
- PRADA PUENTES, David: «Efectos del título segundo del Texto Refundido de la Ley de Suelo en la Legislación Urbanística Gallega: hacia un nuevo ejercicio de la potestad de ordenación urbanística y territorial», en *RDU*, núm. 257, 2010, pp. 117 ss.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María: «Del urbanismo de excepción al urbanismo sostenible, una respuesta a la crisis económica», en *RDU*, núm. 256, 2010, pp. 11 ss.
- «La gestión del suelo urbanizado: las actuaciones de dotación en el texto refundido de la Ley del Suelo», en *RJN*, núm. 49, 2010, pp. 185 ss.
- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José: «Directiva de servicios: urbanismo, medio ambiente y agricultura», en *RDU*, núm. 259, 2010, pp. 135 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «Reflexiones para una aplicación razonable de la Ley de Suelo de 2008, en relación con la valoración del suelo, en especial de los sistemas generales», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 175 ss.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «Agente urbanístico rehabilitador: transición urbanística e identidad cultural, económica y turística», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 49 ss.
- TEJEDO BIELSA, Julio César: «La Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón. Renovación de la tradición urbanística española», en *RDU*, núm. 21, 2010, pp. 63 ss.
- TOLEDO PICAZO, Antonio: «Los aeropuertos privados no son sistemas generales: el caso concreto del proyecto de singular interés que autoriza la construcción del aeropuerto de Ciudad Real. Valoración del suelo a efectos expropiatorios», en *RDU*, núm. 259, 2010, pp. 47 ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BOBES SÁNCHEZ, María José: «La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa», en *REDE*, núm. 33, 2010, pp. 157 ss.
- CARBALLO PIÑEIRO, Laura: «*Vis attractiva concursus* in the European Union: its development by the European Court of Justice», en *InDret*, 3/ 2010.
- COCCIOLO, Endrius Eliseo y PADRÓS I REIG, Carlos: «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro: entre la construcción del Mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales. Reflexio-

- nes acerca de la STJCE de 26 de marzo de 2009, asunto C-326/07», en *REDE*, núm. 33, 2010, pp. 123 ss.
- CORTÉS MARTÍN, José Manuel: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la aplicación del Derecho europeo de la competencia», en *GJ*, núm. 18, 2010, pp. 5 ss.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier: «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 33, 2010, pp. 5 ss.
- DONAIRE VILLA, Francisco Javier. «El espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada», en *REDE*, núm. 35, 2010, pp. 337 ss.
- ESTOA PÉREZ, Abel: «Ayudas de Estado y crisis actual: orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 265 ss.
- FRUTOS MIRANDA, Javier: «El procedimiento por inexecución de las sentencias declarativas de incumplimiento: estado de la cuestión», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 349 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El TJUE precisa el alcance de la protección de los datos personales en el marco del acceso a los documentos de las instituciones de la UE: la sentencia *Comisión / Bavarian Lager*», en *GJ*, núm. 18, 2010, pp. 9 ss.
- IRÁCULIS AGUIRRE, Nerea: «Publicidad indirecta de tabaco en prensa escrita: a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de marzo de 2009», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 303 ss.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 193 ss.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autonómico sin reforma de la Constitución», en *REDE*, núm. 33, 2010, pp. 45 ss.
- MELERO ALONSO, Eduardo: «La Posición Común 2008/944/PESC sobre control de las exportaciones tecnológicas y equipos militares: análisis crítico», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 235 ss.
- MILLÁN MORO, Lucía: «El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa», en *RDCE*, núm. 36, 2010, pp. 401 ss.
- PADRÓS I REIG, Carlos y COCCIOLO, Endrius Eliseo: «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro: entre la construcción del Mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales. Reflexiones acerca de la STJCE de 26 de marzo de 2009, asunto C-326/07», en *REDE*, núm. 33, 2010, pp. 123 ss.
- PASCUAL VIVES, Francisco José: «El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras», en *RDCE*, núm. 36, 2010, pp. 467 ss.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la: «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 365 ss.
- TORRES PÉREZ, Aida: «Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28.9.2009», en *REDE*, núm. 34, 2010, pp. 441 ss.

URREA CORRES, Mariola: «La política (común) de seguridad y defensa en el Tratado de Lisboa: la eficacia como objetivo, la flexibilidad como instrumento y la ambición como propuesta», en *REDE*, núm. 33, 2010, pp. 91 ss.

### DERECHO PROCESAL

- DELGADO CRUCES, Jesús Manuel: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recursos: otro aspecto de la Nueva Oficina Judicial» en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2010, pp. 33 ss.
- GRAU GASSÓ, José: «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de los actos jurisdiccionales de los tribunales españoles», en *EDJ*, núm. 155, 2009, pp. 21 ss.
- LARRAURI PIJOAN, Elena y JACOBS, James B.: «¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España», en *Indret*, 4/2010.
- MUÑOZ BENAVIDES, Carmen: «El proceso monitorio tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7512, 2010.
- PERARNAU MOYA, Joan: «La deconstrucción del proceso civil, hacia un nuevo proceso civil: el nuevo sistema de impugnación de las resoluciones dictadas por el secretario judicial. Un caso de legado alternativo», en *Diario La Ley*, núm. 7476, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano y procedimiento (comunicación)», en *EDJ*, núm. 155, 2009, pp. 75 ss.
- RIFÁ SOLER, José María: «Aspectos procesales referentes a la impugnación y valoración de la prueba pericial en el proceso civil», en *AC*, núm. 17, 2010.
- ROSA TORNER, Fernando de: «Las nuevas tecnologías al servicio de la administración de justicia», *RDNT*, núm. 22, 2010, pp. 19 ss.
- ROSALES LÓPEZ, Virginia y GARCÍA RUBIO, Miguel A.: «Justicia y Economía: Evaluando la Eficiencia Judicial en Andalucía», en *Indret*, 4/2010.
- SANZ HERMIDA, Ágata María: «Sentencia de 29 junio de 2009: Recurso extraordinario por infracción procesal», en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1323 ss.
- VALLE PASCUAL, Juan Manuel: «Programar, evaluar, calificar y revisar: la transparencia como control de los excesos de la discrecionalidad», en *Diario La Ley*, núm. 7512, 2010.

### ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios

DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RRCS	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

#### REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Aranzadi Civil  
 InDret (www.indret.com)  
 Diario La Ley

### XXI Jornadas jurídicas: la codificación del Derecho civil de Cataluña: de la compilación al código civil (Universitat de Lleida, 11 y 12 de noviembre de 2010) Florensa I Tomàs, Carles E. (Dir.) Universitat de Lleida

Los días 11 y 12 de noviembre de 2010 tuvieron lugar en la Universidad de Lleida las XXI Jornadas Jurídicas que, con el título «La codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código Civil», fueron organizadas por su Departamento de Derecho privado. Estas Jornadas, enmarcadas dentro de los actos conmemorativos del 50.º aniversario de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960 (CDCC), tenían por finalidad analizar la codificación del Derecho civil catalán, y pretendían alcanzar un doble objetivo:

a) En primer lugar, constituir un foro de debate en torno al presente y futuro del Derecho civil catalán. La etapa codificadora en la que está inmerso el legislador catalán está muy avanzada, ya que con la entrada en vigor el 1 de enero de 2011 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (CCC), relativo a la persona y la familia, sólo queda la aprobación del Libro VI, relativo a las obligaciones y contratos. Ello significa que aún queda una ardua y laboriosa tarea codificadora, no sólo en torno a la aprobación del Libro VI CCC, que hará necesaria una armonización del contenido de los distintos Libros en aras a evitar posibles contradicciones, sino también en el análisis del funcionamiento de la normativa que ya forma parte del Código y su posible modificación y/o adaptación a las necesidades de la sociedad y de los operadores jurídico-económicos. Todo ello, empero, sin perder de vista la tradición jurídica catalana que se remonta a mucho antes de la CDCC.

b) En segundo lugar, ser un medio de divulgación del Derecho civil catalán. Y es que el Derecho civil de cualquier territorio constituye un reflejo de la cultura de la sociedad de la que emana. Por lo tanto, estas Jornadas no sólo pretendían ser un acto destinado exclusivamente a la comunidad científica, sino también ser un punto de encuentro para que la sociedad catalana pudiera conocer la intensa labor codificadora que está llevando a cabo el legislador catalán desde la aprobación de la Primera Ley del CCC en el año 2002.

La sesión inaugural de las Jornadas fue presidida por la Hble. Montserrat Tura i Camafreita, *Consellera de Justícia* de la *Generalitat de Catalunya*, que dio paso a la conferencia inaugural a cargo del Dr. Lluís Puig i Ferriol, catedrático emérito de Derecho civil y presidente de la Comisión del 50.º aniversario de la CDCC, que versó sobre «La configuración del Derecho civil catalán desde la vigencia del Código civil español a la vigencia del Código civil

de Cataluña». El ponente realizó un análisis histórico del origen del art. 111-4 CCC –las disposiciones del CCC constituyen el Derecho común en Cataluña– desde la unificación española en el siglo XV hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, referente al Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la cual, a su juicio, se admite, con condicionantes, la regulación de las fuentes por parte del legislador catalán.

Las Jornadas se dividieron en 3 sesiones claramente diferenciadas:

a) La primera, que incluía la conferencia inaugural, estuvo enfocada por una parte en el análisis de la persona física y jurídica como objeto de derechos y, por otra, en el pasado y futuro del Derecho civil catalán. La primera conferenciante fue la Dra. María del Carmen Gete-Alonso Calera, catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, cuya ponencia versó sobre «La cualificación jurídica de la persona física como sujeto en Derecho catalán: de la Compilación al Código civil». La ponente resaltó que el CCC supone una visión moderna de la persona como un individuo y no como parte de un grupo, evolución que ha experimentado el Derecho catalán desde la CDCC de 1960 (en la que no existía un concepto de persona y estaba presente el matrimonio canónico, que era indisoluble y en el que se daba una preeminencia del hombre sobre la mujer), pasando por la CDCC de 1984 (igualación entre sexos y protección del menor y del incapacitado); asimismo, fue objeto de comentario la nueva regulación de la persona en el CCC. En la segunda ponencia el Dr. Ferran Badosa Coll, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, analizó las personas jurídicas reguladas en el CCC –fundaciones y asociaciones– desde una triple perspectiva común: como derechos previstos en la Constitución Española, como entidades y como sujetos de responsabilidad jurídica. En último lugar, el Dr. Miquel Martín Casals, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona, planteó el futuro del Libro VI del CCC, de las obligaciones y contratos. Después de una sucinta referencia a la Primera Ley del CCC y la evolución codificadora posterior, el ponente trató algunas de las cuestiones centrales del Libro VI CCC, de las que podemos destacar: la conveniencia de la adopción en el contrato de compraventa del modelo de falta de conformidad, apartándose así de la tradición jurídica romanista; la necesaria regulación de la contratación con consumidores y usuarios en el CCC; las dificultades para regular el contrato de servicios, cuyos trabajos previos se basan en el Marco Común de Referencia; y la responsabilidad extracontractual, considerando que el legislador catalán no debería apartarse en esta materia de la tradición jurídica latina.

A continuación se dio paso al debate, en el que se trataron cuestiones como la regulación por Cataluña de la contratación con consumidores y usuarios a pesar de la posible promulgación de una Directiva europea en este ámbito. Una vez concluido el intenso debate se cerró la primera sesión matinal.

b) La segunda sesión trató sobre los derechos reales, el derecho interregional y una perspectiva externa de la codificación catalana. La primera intervención fue del Dr. Pedro del Pozo Carrascosa, catedrático de Derecho civil de la Universidad Rovira i Virgili, que versó sobre «Los derechos reales» y, en particular, sobre la regulación del Libro V CCC. A juicio del ponente, esta normativa merece en general una valoración positiva, destacando las normas relativas a la propiedad horizontal y los derechos reales de aprovechamiento parcial, toda una novedad en el CCC. No obstante, puso de mani-

fiesto la ausencia de algunas instituciones anteriormente recogidas por leyes especiales, como la prenda flotante, así como algunas contradicciones en el articulado que deberían eliminarse para que el CCC esté a la altura que se merece. En la segunda ponencia intervino la Dra. Alegría Borrás Rodríguez, catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, que planteó en su ponencia titulada «El Derecho interregional: realidades y perspectivas» la necesidad de una ley de Derecho interregional. En tercer y último lugar, del análisis de «La codificación catalana: competencias y optimización» se encargó el Dr. Ángel Carrasco Perera, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, que defendió su ideal de Código como un icono identificador del Derecho de un país y la técnica del *outsourcing* normativo. Por ello, el ponente criticó la inclusión en el CCC de normas de menor calidad o rango, como algunas relativas a la propiedad horizontal, y aconsejó la no inclusión de una normativa de consumidores y usuarios en el CCC. Asimismo, afirmó que el CCC no supone una revolución sino una compilación de textos que consolida normativa propia catalana promulgada desde los años 90 del siglo pasado, y que quizás hubiera sido preferible y hubiera tenido un mayor impacto promulgar el CCC completo al mismo tiempo, en lugar de hacerlo de forma fraccionada.

A continuación se dio paso a un intenso y fructífero debate en torno a la metodología codificadora del legislador catalán, al que siguió la lectura de comunicaciones con la que se dio por concluida la segunda sesión.

c) La tercera y última sesión empezó con la segunda tanda de lectura de comunicaciones, y se dedicó en su primera parte al Derecho de familia y sucesiones. La primera ponencia versó sobre «Los cambios en el régimen de bienes: de la separación a la comunidad post matrimonial», cuyo ponente fue la Dra. Encarna Roca Trías, catedrática de Derecho civil de la Universidad de Barcelona y Magistrada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que puso el acento en el hecho de que la esencia del régimen de separación de bienes, es decir, la absoluta ausencia de comunicación entre los patrimonios de los cónyuges, ha sufrido un retroceso sucesivo desde la CDCC hasta el CCC vigente, al introducir el legislador catalán determinadas compensaciones (por ejemplo, por razón del trabajo) que corrigen la teórica separación de patrimonios y suponen un acercamiento al régimen de participación. La segunda ponencia, a cargo del Dr. Josep Ferrer Riba, profesor titular de Derecho civil de la Universidad Pompeu Fabra, analizó «La sucesión por causa de muerte: libertad de disponer e intereses familiares». En su intervención destacó la progresiva erosión de la institución de la legítima en beneficio de la libertad de testar, que no es absoluta debido a una opción de política legislativa basada en la solidaridad familiar. En el debate posterior se planteó la posibilidad de que el causante tuviera plena libertad para ordenar su sucesión sin ninguna clase de limitación.

A continuación tuvo lugar una mesa redonda que trató de «La aplicación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código Civil» por parte de diferentes operadores jurídicos, que fue presentada y moderada por el Dr. Carles Enric Florensa i Tomàs, catedrático de derecho civil de la Universidad de Lleida. En esta mesa intervinieron el Sr. Albert Guilanyà Foix, Presidente de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Lleida; el Sr. José Manuel Villafranca Mercé, Notario y delegado en Lleida del Colegio de Notarios de Cataluña; el Sr. Santiago Lafarga Morell, Registrador de la Propiedad y delegado en Lleida del Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña; y el Sr. Màrius Miró i Gili, abogado del bufete Alonso & Roca

Junyent. Se trataron diversos temas, entre los cuales destacamos: a) que el legislador catalán no debe apartarse de la realidad diaria, puesto que el CCC no ha supuesto, al menos desde un punto de vista registral, la utilización de las nuevas instituciones que recoge; b) la necesidad de un desarrollo fiscal paralelo al desarrollo del Derecho civil catalán, con la finalidad de potenciar el uso de diversas instituciones; y c) el nuevo concepto de familia y las fórmulas para resolver las crisis matrimoniales que incorpora el CCC.

La Dra. Elena Lauroba Lacasa, *Directora General de Dret i Entitats Jurídiques del Departament de Justícia* de la *Generalitat de Catalunya*, fue la encargada de la clausura de las Jornadas, en las que se dieron cita alrededor de 250 asistentes, procedentes de toda Cataluña y de condiciones diversas: abogados, profesores, notarios, registradores de la propiedad, otros prácticos del Derecho y estudiantes de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Lleida. Su éxito también se pudo medir en las comunicaciones aceptadas de profesores procedentes de diversas universidades españolas y catalanas, que ascendieron a un total de 18 previa selección por parte del Comité Científico.

En definitiva, estas Jornadas han contribuido de forma decisiva al estudio y divulgación del Derecho civil catalán.

Dr. Héctor SIMÓN MORENO  
Investigador Postdoctoral de Derecho civil  
Universitat Rovira i Virgili

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, M.<sup>a</sup> Rosario DÍAZ ROMERO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de Sucesiones –II. *Derecho Mercantil*. –III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.**—La distinción entre pensamientos, ideas u opiniones, de un lado, y comunicación informativa, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del

derecho de información. Sin embargo, en los casos reales que la vida ofrece, no es siempre fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por otra parte, la veracidad de la información y la transmisión neutra de manifestaciones permiten resolver otorgando prevalencia a la libertad de expresión y al derecho a la información sobre el derecho al honor. **(STS de 8 de octubre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La parte actora interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor dado el contenido de una carta dirigida, por un cargo sindical, a los miembros del Consejo de Administración, así como por las manifestaciones vertidas en circulares sindicales difundidas entre los afiliados, en las que se relataban una serie de hechos y se manifestaban determinadas opiniones que el actor consideraba atentaban contra su fama y buen nombre. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial procede a estimar el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

**NOTA.**—El Tribunal Supremo se apoya en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en caso de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, para negar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor en este caso, en el que se informaba a los afiliados de actuaciones criticables realizadas por el demandante en el desempeño de sus funciones de Caja. El Tribunal Supremo fundamenta su fallo en la veracidad de las manifestaciones vertidas, y en la posibilidad de crítica, siempre y cuando las expresiones no resulten vejatorias o insultantes. A este argumento el Tribunal Supremo une el ejercicio del derecho a la libertad sindical, que permite la crítica por parte de los afiliados siempre que las expresiones no sean ofensivas y el lenguaje se corresponda con el utilizado en el ámbito sindical (*L. Z. G.*)

## **2. Derecho al honor, libertad de expresión y libertad de información. Diferencia entre libertad de expresión y libertad de información.**

La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, y 77/2009, de 23 de marzo).

**Posición prevalente de la libertad de información sobre el derecho al honor.**—El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información, cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 2 de septiembre de 2004, 29 de julio de 2005; 21 y 22 de julio, 19 de septiembre y 12 de noviembre de 2008, y 5 y 19 de febrero, 6 de julio y 4 de junio de 2009). En concreto, el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009), y la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero). La ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, y en tal sentido debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general (que constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado) o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor.

**Exigencia de veracidad para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor.**—La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor 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. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009, de 26 de enero). Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTS de 16 de marzo y 31 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000 y STS de 24 de octubre de 2008). También cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), que exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales decla-

raciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. En cualquier caso, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007 y 56/2008; y SSTs de 18 de febrero y 17 de junio de 2009), sin que el requisito de la proporcionalidad obligue a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero).

**Posición prevalente de la libertad de información sobre el derecho al ejercicio de los cargos públicos.**—El ejercicio del derecho a la libertad de información es también prevalente sobre el libre acceso y ejercicio en condiciones de igualdad de los cargos públicos, para el supuesto de que dicha información pudiera tener alguna influencia en la voluntad del cuerpo electoral, puesto que la libertad de expresión tiene por objeto facilitar la formación de la opinión pública libre y en esta consideración no se excluyen los efectos que esta contribución al proceso de formación de la opinión pública pueda tener en el ámbito electoral. (**STS de 7 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Genaro, Presidente de la Diputación Provincial de C. y con un relevante peso político dentro de su partido en el ámbito de su Comunidad Autónoma, interpuso demanda en ejercicio de una acción de protección del honor contra *P. S. A.*, la Cadena radiofónica S., doña Violeta y don Hilario, por considerar que desde la Cadena S., y concretamente los periodistas don Hilario y doña Violeta, habían venido desarrollando una campaña periodística destinada a difamarle.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. El demandante interpuso recurso de casación, siendo igualmente desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la asentada jurisprudencia que afirma la prevalencia sobre el derecho al honor de las libertades de expresión y de información, si bien esta última subordinada a que se cumpla el requisito de la veracidad, y a su relevancia pública o interés general o a que se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y sin que, en cualquier caso, se reconozca un hipotético derecho al insulto, por lo que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. Así, entre las más recientes, *vid.* en este mismo tomo las anotaciones a las SSTs de 14 y 15 de octubre de 2009. (*F. J. J. M.*)

**3. Libertad de expresión e información y 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 (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

En concreto, el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero).

**Criterios de ponderación en caso de conflicto entre los derechos a la libertad de información y al honor: relevancia pública o interés general de la noticia y veracidad.**—La ponderación de los derechos fundamentales en colisión debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen, aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. La relevancia pública o interés general de la noticia constituye así un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor 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. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009); lo que no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTS de 16 de marzo y 31 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas

sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Finalmente, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. (STS de 14 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Amador asistió el 3 de febrero al programa de televisión D., emitido por la cadena *G.T., S. A.* y, ante su presentadora, procedió a comentar la detención del presunto autor de unas muertes, y en el curso de la conversación, tras proceder a valorar el comportamiento y el perfil psicológico del detenido, procedió, mientras se emitían las imágenes captadas en el momento de la detención, a identificar la figura tomada por las cámaras de don Fabio, el cual había acudido al lugar de la detención en su calidad de miembro del Cuerpo Nacional de Policía, como la perteneciente a la persona autora de las muertes y al individuo a quien se había referido con anterioridad, imágenes que fueron emitidas durante la entrevista en dos ocasiones. Al día siguiente, en el programa C.M., también emitido por *G.T., S. A.* y producido *G.E., S. A.*, e igualmente tras indicar que el autor de las muertes presentaba las características de un asesino en serie, del tipo misógino, que actuaba bajo la ingesta de drogas y alcohol, compararlo con el personaje cinematográfico de «Anibal Lecter», referir que el detenido presentaba graves trastornos psicológicos y que había alternado con prostitutas, identificó otra vez las imágenes captadas del actor como pertenecientes al presunto asesino, procediéndose a dicha identificación mientras las imágenes se repetían en varias ocasiones y ralentizando su emisión con lo que se conseguía una captación por el televidente de una visión más clara de la persona a la que se identificaba como presunto autor de los crímenes. Ese mismo día, *G.T., S. A.* procedió a divulgar a través de su página web los comentarios de don Amador, página en cuyo extremo aparecía una imagen de don Fabio, extraída de las captadas en el momento de la detención del presunto autor de las muertes, bajo la cual se leía «El rostro del presunto asesino». Finalmente, el día 11 de febrero don Amador compareció de nuevo en el programa CM exponiendo que las imágenes de la persona identificada en el programa del día 4 como las correspondientes al autor de las muertes, no correspondía con la del imputado por tales hechos, sino que son de un miembro de la policía.

Don Fabio interpuso demanda contra *G.T., S. A.*, don Amador y *G.E., S. A.*, en ejercicio de la acción de protección del derecho al honor y del derecho a la intimidad. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, al considerar que se habían producido unas intromisiones ilegítimas en el honor y la intimidad del demandante. Interpuestos sendos recursos de apelación por *G.T., S. A.*, don Amador y *G.E., S. A.*, la Audiencia Provincial los esti-

mó parcialmente, revocando la sentencia del Juzgado en cuanto que declaraba la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del actor y fijaba la correspondiente indemnización por ello, y confirmándola en el resto. Contra esa sentencia, los demandados recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso íntegramente por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la asentada jurisprudencia que afirma la prevalencia sobre el derecho al honor de las libertades de expresión y de información, si bien esta última subordinada a que se cumpla el requisito de la veracidad, y a su relevancia pública o interés general o a que se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y sin que, en cualquier caso, se reconozca un hipotético derecho al insulto, por lo que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. Así, entre las más recientes, *vid.* en este mismo tomo las anotaciones a las SSTS de 7 y 15 de octubre de 2009. (*F. J. J. M.*)

**4. Libertad de expresión e información y derecho al honor. Construcción historiográfica.**—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo, aunque no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa. Reviste caracteres especiales la construcción historiográfica, que se produce cuando no se pretende simplemente narrar unos hechos, sino que se busca también ofrecer una valoración historiográfica de los mismos, pues en tal caso entra también en juego la libertad de producción y creación científica. El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La ponderación de los derechos fundamentales en conflicto debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un nivel máximo cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero). La construcción historiográfica, protegida por el derecho a la creación científica, artística o técnica, disfruta en la CE de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que, aunque participa

también de contenidos propios de éstas, no se refiere a hechos actuales protagonizados por personas del presente, sino a hechos del pasado protagonizados por individuos cuya personalidad, con el paso del tiempo, no puede oponerse como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos (STC 43/2004, de 24 de marzo).

**Criterios de ponderación en caso de conflicto entre los derechos a la libertad de información y al honor: relevancia pública o interés general de la noticia y veracidad.**—La ponderación de los derechos fundamentales en colisión debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen, aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. La relevancia pública o interés general de la noticia constituye así un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor 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. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009); lo que no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTS de 16 de marzo y 31 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Finalmente, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. **(STS de 15 de octubre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La editorial *E.B., S. A.* publicó en España un libro escrito por don Celestino, donde se implica a don Ezequiel en actos de corrupción o soborno. Don Ezequiel demandó a don Celes-

tino y *E.B.*, *S. A.*, ejercitando una acción de protección del derecho al honor.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los code mandados, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, exclusivamente para declarar que las costas de la primera instancia no se imponen expresamente a ninguna de las partes, confirmándose íntegramente los demás extremos de la sentencia apelada. Don Celestino recurrió en casación contra esa sentencia, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida y en su lugar estima los recursos de apelación.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la asentada jurisprudencia que afirma la prevalencia sobre el derecho al honor de las libertades de expresión y de información, si bien esta última subordinada a que se cumpla el requisito de la veracidad, y a su relevancia pública o interés general o a que se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y sin que, en cualquier caso, se reconozca un hipotético derecho al insulto, por lo que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. Así, entre las más recientes, *vid.* en este mismo tomo las anotaciones a las SSTS de 7 y 14 de octubre de 2009. (*F. J. J. M.*)

**5. Libertad de información y expresión *versus* derecho al honor.—**«La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, conflicto que debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...]. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general, o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública [...]. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado» (**STS de 6 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente:Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—En determinado diario de tirada nacional se publica, por un colaborador del periódico, un artículo de opinión, en el que se relataba lo siguiente: «El Gobierno hizo una obra de caridad denegando el indulto a los Albertos, que ya se habrán echado encima las gabardinas otoñales. Con ellas protegen su capital de 240 millones de euros, conseguidos a fuerza de fraudes sentimentales, amistosos, políticos y económicos. Son los que en otros siglos se llamaron caballeros de industria o de milagro: estos más milagros y menos caballeros. Sólo les queda ya la lejana luz de su recurso de amparo ante el Constitucional. Yo espero que se lo niegue con el fin de ampararnos de ellos a todos los demás. Quienes van de tal manera contra la colectividad no merecen más que ser desarraigados a la vista del público. A pesar de sus intereses creados, lo único que

supieron crear. Ojalá no les sirvan para un posible indulto por los veinticinco años de la Constitución. Sería demasiado risible». Tanto el periodista como el periódico son demandados por los personajes protagonistas del hecho noticiable por vulneración del derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia desestimada la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial procede a desestimar el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20 de la Constitución Española, supone la posibilidad de expresar y difundir libremente pensamientos, ideas u opiniones mediante la palabra o el escrito. Ello comprende la emisión de juicios de valor, creencias o pensamientos de manera personal y subjetiva. El derecho a la libertad de información, igualmente reconocido en el 20 de la Constitución, se traduce en el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste, debiendo reunir las condiciones del llamado reportaje neutral.

El conflicto entre el derecho a la libertad de información y expresión y el derecho al honor suele resolverse a favor de aquéllos derechos, siempre y cuando se den determinadas circunstancias que permiten aceptar dicho sacrificio. En esta ocasión, la relevancia pública de los hechos narrados objeto de crítica, atinentes a personajes de conocida relevancia por su profesión; la veracidad de la noticia y la inexistencia de palabras injuriosas o insultantes hacen vislumbrar una falta clara de intromisión en el derecho al honor. Debe tenerse en cuenta que la utilización de duras expresiones como medio de crítica no es suficiente para considerar que existe una desproporción tal que haga prevalecer el derecho al honor por encima de la libertad de expresión e información. (*L. Z. G.*)

**6. Libertad de expresión e información, derecho al honor y prestigio profesional.**—Cuando se produce una colisión entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de expresión e información debe prevalecer la protección de éstos, siempre y cuando el objeto de la noticia tenga interés general y la información sea veraz; y siempre y cuando se emitan juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones que, aunque puedan molestar o disgustar, no sean ofensivos ni insultantes.

El contenido de estos derechos se ve modulado cuando hablamos del prestigio profesional de las personas. La jurisprudencia admite la posibilidad de considerar incluido en el derecho al honor el prestigio profesional. Pero no siempre el ataque al prestigio profesional va a suponer vulneración del derecho al honor. Por otra parte, cualquier manifestación que tenga que ver con la labor profesional no puede ser tachada de ilegítima, sino que es necesaria la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, lo que dependerá de las circunstancias del caso. (**STS de 26 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Un prestigioso periodista, Director de un programa de radio, y la propia cadena de radio son demandados por la parte actora por intromisión ilegítima en el derecho al honor, con motivo de las expresiones vertidas en el programa de la emisora, cuyo contenido resultó ser el siguiente: «¿usted recuerda aquel tertuliano mentiroso que teníamos aquí, que era juez, un tal juez ...?», «es un mentiroso y aquí quedó claro que este señor es un peligro. Es un peligro nacional. Se me ponen los pelos de punta al saber que este señor está en ejercicio». El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante por las expresiones vertidas. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia. Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo estimó sendos recursos.

**NOTA.**—La Sentencia que anotamos plantea un nuevo caso de posible vulneración del derecho al honor, en esta ocasión, al considerar el actor que se habían vertido expresiones que podían calificarse de insultantes, traducándose en una vulneración del honor profesional. En relación a las expresiones vertidas, el Tribunal Supremo considera que no existe en este caso una lesión del derecho al honor, desde el punto de vista del prestigio profesional, puesto que se dan las notas de veracidad, interés general de la noticia y ausencia de manifestaciones insultantes o vejatorias, lo que impide que se pueda afirmar la existencia de un desprestigio profesional. Considera el Tribunal Supremo que el uso del término «mentiroso» no es insultante, puesto que simplemente denuncia a quien incurre en mentira. De hecho, faltar a la verdad por quien ostenta la condición de juez, y la desempeña tanto en el ámbito de la función pública como en su esfera privada, es un asunto de relevancia pública y no es indiferente desde el punto de vista del ejercicio de la función judicial. En este sentido, tal y como establece la sentencia, es lícito relacionar la falta a la verdad con la condición de juez, si efectivamente cuando realizó determinadas manifestaciones no ocultó su condición. (*L. Z. G.*)

**7. Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.**—Si el recurso de casación afecta a derechos fundamentales el Tribunal Supremo no puede aceptar de forma incondicional las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que ha de asumir una tarea de calificación jurídica y de valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados. Pero esta afirmación no puede conducir a una desvirtuación de la naturaleza del recurso de casación y, por tanto, no puede exigirse del Tribunal Supremo que lleve a cabo una nueva valoración de la prueba en su conjunto, por varias razones. Primero, el objeto del recurso de casación se circunscribe al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad. En segundo lugar, si se solicitara una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, el Tribunal Supremo se convertiría en una tercera instancia, y esta posibilidad ha sido rechazada de forma reiterada por la Sala 1.<sup>a</sup> Por último, el error en la

valoración de la prueba sólo puede alegarse ante el Tribunal Supremo por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4.º LECiv, cuando la valoración del tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable y por ello suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

**Criterios para la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.**—El conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor ha de resolverse mediante la aplicación de las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Hay que valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Así, la ponderación ha de respetar la posición preferente del derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor en cuanto aquel resulta esencial para garantizar la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de las libertades de expresión y de información alcanza su nivel máximo cuando son ejercitadas por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa.

La técnica de ponderación requiere valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. En este sentido la ponderación exige tener en cuenta varios factores: Primero, hay que constatar si la información tiene relevancia pública o interés general, o afecta a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. En este caso el peso de la libertad de información es mucho mayor. Segundo, para que pueda prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor la información ha de cumplir el requisito de la veracidad. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia, conforme a los criterios profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso. La veracidad de una información va ligada al respeto a la presunción de inocencia: no hay obstáculo para que se difunda una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que afecte el interés público. Por último, la información que se transmite no puede tener un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, es decir, no se reconoce un derecho al insulto. (STS de 20 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Un famoso político interpone demanda contra *Editorial Prensa Valenciana, S. A.*, contra *Diario Levante* de Castellón (cabecera del diario del que la primera es propietaria) y contra el director del periódico, el delegado del mismo en Castellón y colaboradores de éste. Solicita que se declare lesionado su derecho al honor por los citados demandados y que se les condene al pago de una indemnización en virtud del artículo 18 CE, en virtud de la Ley de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y en virtud del artículo 1902 del Código Civil. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda y el demandante interpone recurso de casación. (*Alma R. G.*)

**8. Colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad y a la propia imagen.**—En caso de conflicto entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión e información, éstos prevalecerán respecto de aquéllos, en términos generales, tal y como ha venido manteniendo reiterada doctrina jurisprudencial, siempre y cuando sean tenidas en cuenta las técnicas de ponderación establecidas por nuestro Tribunal Constitucional [SSTC de 14 de septiembre de 1999 (RTC 154/1999) y 25 de febrero de 2002 (RTC 52/2002)]. Tal ponderación consiste en la necesidad de respeto a la posición prevalente que ostenta el derecho a la información respecto al derecho al honor, intimidad e imagen cuando se cumplan una serie de presupuestos: relevancia de la noticia, interés general de la misma, veracidad de lo relatado, el carácter de personaje público sobre el que se proyecta la información, o, en el caso del derecho a la imagen, el lugar de captación de la mismas, que debe ser abierto al público (**STS de 16 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Luis y doña Elena interponen demanda contra determinados periodistas, una cadena de televisión y la productora, por vulneración del derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio por la difusión, en un programa de televisión de la cadena demandada, de unas imágenes de su persona, en las que se captaban a la pareja en las dependencias de un establecimiento hotelero, en actitud cariñosa, sin que hubiera mediado consentimiento alguno. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los demandantes, por lo que condena a los demandados al pago de una indemnización, así como a la destrucción del reportaje. La Audiencia Provincial confirma el pronunciamiento de la instancia, aunque con algunos matices en cuanto a la cuantía de la indemnización y las personas que debían ser condenadas. Interpuesto recurso de casación por la parte actora y la parte demandada, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los demandados en la instancia.

NOTA.—Ante un conflicto de intereses entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor, intimidad e imagen es importante atender a determinados aspectos, claramente establecidos por la jurisprudencia, para poder otorgar prevalencia a un derecho respecto de otro. Cuando se trata del análisis de una posible infracción del derecho al honor, nuestra jurisprudencia da prevalencia al derecho a la información siempre y cuando la información sea veraz y de interés general; y si se trata de críticas y opiniones, siempre y cuando dichas manifestaciones no resulten insultantes o lesionen la dignidad de la persona [(SSTS de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004/750) y 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8486)]. Cuando la colisión se produce entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, nuestros tribunales otorgan prevalencia al derecho a la información, siempre y cuando la noticia presente un acusado interés general, tanto por la materia como por la condición de las personas, y no se trate de una mera satisfacción de la curiosidad humana. En el caso del derecho a la imagen esta prevalencia funcionará siempre y cuando la imagen, referida a

un personaje público, se haya captado en un lugar abierto al público [STS de 25 de octubre de 2000 RJ 2000/8486]. Es necesario, por tanto, atender a las circunstancias del caso para poder dar una solución al conflicto. En esta ocasión la veracidad de la noticia difundida, la condición de político del actor y, por ende, de personaje público, así como la captación de las imágenes en lugares abiertos al público conducen a la prevalencia del derecho a la libertad de información respecto al derecho a la intimidad y a la propia imagen. (L. Z. G.)

**9. Expulsión de un menor del colegio privado en el que estaba matriculado por incurrir en una falta grave. Inexistente vulneración del derecho a la educación.**—«[...] Es un deber básico del alumnado, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente; normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados. El incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar, suficientemente, la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración de derecho fundamental. Sólo en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión» (FJ 2.º STS de 13 de octubre de 2009); (STS de 13 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Tras la expulsión de un menor del centro educativo privado en el que estaba matriculado, sus padres interponen demanda contra el centro al considerar que se había vulnerado el derecho a la educación, resultando a su vez dicha medida totalmente contraria al interés del menor. Los padres solicitan al juez que el centro sea condenado al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han desestimado la pretensión de los padres.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que una vez que los padres optan por un centro docente es evidente que no pueden pretender modificar o alterar sus métodos o reglas de conducta. En este sentido, siempre y cuando la medida de expulsión de un menor del colegio esté justificada no se habrá producido un atentado a los derechos del menor ni se habrá vulnerado el derecho a la educación. Es claro que el incumplimiento de las normas de convivencia puede justificar suficientemente la expulsión del centro sin que exista vulneración de derechos fundamentales. (L. Z. G.)

**10. Títulos nobiliarios. Sucesión. Igualdad ante la ley.**—El artículo 1 LITN (Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios) establece que «el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos».

La disposición transitoria única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN «se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y

títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...].» Esa fecha es la de la presentación de la Proposición de Ley.

**Aplicación retroactiva de la Ley 33/2006 a los procesos civiles pendientes en el momento de entrada en vigor de la Ley: constitucionalidad de la disposición transitoria.**—La disposición transitoria única, apartado 3 de la LITN ha sido objeto de estudio en la STS de 3 de abril de 2008, que ha fijado la siguiente doctrina jurisprudencial: «la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.»

Esta doctrina, ampliamente expuesta en la citada STS implica la aplicación de la disposición transitoria única, apartado 3, de la LITN a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.

Sobre la constitucionalidad de la disposición transitoria se pronuncia ampliamente la ya mencionada STS de 3 de abril de 2008 [letra *a*) del apartado *b*) del fundamento cuarto], y el criterio allí expuesto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en el ATC 389/2008, de 17 de diciembre, por el que no se admite la cuestión de constitucionalidad. (**STS de 15 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rfos.]

HECHOS.—La actora interpone demanda de reconocimiento de Título nobiliario, para que se declarase su mejor y preferente derecho genealógico para poseer, usar y disfrutar de un determinado título nobiliario, como descendiente del único hijo varón de su anterior titular, con sus correspondientes prerrogativas y solicita la consiguiente declaración de nulidad o ineficacia de la sucesión operada a favor de su tía.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Consideró de aplicación la jurisprudencia constitucional sentada en la STC de 3 de julio de 1997, en virtud de la cual se proclamó que la regla de la preferencia del varón sobre la mujer, en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones *mortis causa* de los títulos nobiliarios, no resultaba contrario al artículo 14 CE.

La Audiencia Provincial confirmó esa sentencia fundándose en el carácter de fuente del Derecho que ostentan las SSTC y de la consiguiente vinculación a las mismas de los órganos jurisdiccionales, por lo que, en consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que invocaba la demandada, que había declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad o varonía en el orden sucesorio de los títulos nobiliarios por considerarlo contrario al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) no podía sobreponerse al final pronunciamiento recaído al respecto por el Tribunal Constitucional en la sentencia reseñada de 3 de julio de 1997.

La actora interpone recurso de casación, alegando que siendo la fecha del fallecimiento, conforme a lo dispuesto en el CC (arts. 657 y 661 y disposición transitoria 12.<sup>a</sup>), el momento relevante para determinar el régimen de la sucesión, el principio de masculinidad

o preferencia del hombre sobre la mujer contenido en la legislación nobiliaria declarada en vigor por el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, había sido proclamado discriminatorio y, en consecuencia, inconstitucional, por el Tribunal Supremo. Por tanto el título nobiliario controvertido corresponde al hijo/a primogénito/a del anterior titular.

El Tribunal Supremo declara haber lugar, casando las anteriores sentencias. (*M. R. D. R.*)

**11. Sucesión en los títulos nobiliarios. Aplicación de la disposición adicional única 3 de la Ley sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (LITN) a los procesos entablados.**—De acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo, la disposición adicional única 3 LITN se aplica retroactivamente de forma imperativa no sólo a los expedientes administrativos y a los recursos contencioso-administrativos sobre títulos nobiliarios, sino, igualmente, a todo proceso entablado ante el orden jurisdiccional civil que estuviera pendiente de resolución a fecha de 27 de julio de 2005. Por tanto, en tales procesos se deberá tener en cuenta el artículo 1 LITN que dispone la igualdad entre hombre y mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Para hacer efectiva esta mutación del Derecho aplicable producida *ope legis* durante el proceso, señala el Alto Tribunal que es necesario admitir el recurso de casación (STS de 3 de abril de 2008); éste sigue pendiente mientras no haya recaído resolución definitiva.

**Usucapión de títulos nobiliarios. No se produce frente a hermanos de doble vínculo.**—Superado el tradicional dogma de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, la jurisprudencia más reciente admite la prescripción adquisitiva de tales títulos (*v. gr.*, SSTS de 30 de diciembre de 2004 y 10 de septiembre de 2008). Para ello se requiere tanto la vacancia del título, como su ulterior consolidación en el seno de una línea o rama diferente a la prellamada, a resultas de la posesión inmemorial continuada. Por este motivo, tal usucapión no puede alegarse frente a un hermano de doble vínculo, por encontrarse éste inserto en la misma línea directa que quien alegue la prescripción y, consiguientemente, por poder alegar éste igualmente la posesión anterior no interrumpida de los antecesores comunes.

**Cuestión de prejudicialidad por interposición de queja ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU.**—Aclara el Tribunal Supremo que no constituye cuestión de prejudicialidad la interposición de una queja ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU denunciando la violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dado que, aun en caso de estimarse la queja, las observaciones que realice el mencionado Comité van dirigidas solamente al Estado parte afectado, para la adopción de medidas de cara al cumplimiento del Pacto (Reglamento del Comité de Derechos Humanos de 24 de abril de 2001, art. 95). Por tanto, la decisión que recaiga no infiere directamente en la resolución de litigios en curso y no supone cuestión prejudicial, ya que, según la jurisprudencia, ésta tiene lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios que no pueden concurrir en armonía decisoria, al resultar independientes (entre otras, SSTS de 17 de febrero de 2000, 30 de noviembre de 2004, 31 de mayo de 2005 y 18 de junio de 2007). No cabe, por tanto, amparar en la excepción de prejudicialidad la solicitud de suspensión de litigios en curso para prevenir eventuales modificaciones normativas o la adop-

ción de otro tipo de medidas que puedan afectar al Derecho aplicable o a su interpretación. (STS de 19 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el año 1900, por Carta de Sucesión otorgada por la entonces Reina Regente, se concedió un título nobiliario a don A, que pasó en 1961 a don E, hijo del anterior. Fallecido éste, su hija primogénita, doña S, pasó a ostentar el título, según Carta de Sucesión expedida en 1996. Tres años después, el hermano de doña S, hijo segundo de don E, interpone demanda para la declaración de su preferente derecho genealógico para usar, poseer y disfrutar del título nobiliario. Doña S se opone, alegando la inconstitucionalidad de la norma que establece la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios, así como la usucapición del título por su parte, al haberse mantenido la posesión continuada sobre el mismo por más de cuarenta años.

La demanda es estimada en primera instancia, por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la distinción entre hombre y mujer en la sucesión de títulos nobiliarios (STC de 3 de julio de 1997). Interpuesto recurso de apelación por doña S, en el que se alega la incongruencia de la sentencia de primera instancia, por no haberse resuelto la cuestión sobre la usucapición, el recurso es estimado parcialmente por la Audiencia, quien aprecia la existencia de incongruencia, pero desestima la usucapición alegada, al considerar que la doctrina jurisprudencial al respecto no se aplica entre hermanos. Doña S plantea entonces recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo, por aplicación retroactiva de la disposición adicional única 3 LITN. (A. M. M.)

**12. Sucesión en los títulos nobiliarios. Principio de masculinidad en la sucesión e igualdad del hombre y la mujer.**—Afirma el Alto Tribunal que desde que se dictara la la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio, la Sala 1.<sup>a</sup> ha declarado (*vid.* STSS de 12 y 13 de diciembre de 1997, 19 de febrero, 26 de marzo y 10 de mayo de 1999, 17 de septiembre de 2002 y 15 de septiembre de 2003) que el principio de masculinidad en la sucesión en los títulos nobiliarios no tiene carácter discriminatorio. Ostentar un título nobiliario no otorga un estatus o condición estamental privilegiada, agotándose su contenido jurídico en el derecho a adquirirlo, usarlo y protegerlo frente a terceros. No siendo discriminatorio el título de nobleza, tampoco puede serlo la preferencia masculina en la sucesión.

**Aplicación retroactiva de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.**—La disposición transitoria única, apartado 3 LITN, que establece que la Ley «*se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional (...)*» también es de aplicación, según el Tribunal Supremo (STS de 3 de abril de 2008), a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil. (STS de 21 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora, doña C., pretende que se declare su mejor y preferente derecho genealógico sobre su tío, don J., en orden a la adquisición de ciertos títulos nobiliarios, cuyo último poseedor fue don E., tío de la actora y hermano del demandado. El argumento que esgrime doña C. es que, siendo su madre la mayor de los hermanos, le corresponde a ella, por derecho de representación, la sucesión en el título, ya que no es posible la aplicación del criterio de masculinidad en la sucesión por suponer una grave vulneración del principio constitucional de igualdad.

Las pretensiones de la demandante son desestimadas en primera instancia y en apelación. Ambos fallos se pronunciaban en el sentido de considerar que la aplicación del principio de varonía es conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que es vinculante para todos los órganos de la jurisdicción *ex artículo 5.1 LOPJ*.

Doña C. recurre en casación, añadiendo a lo argumentado en las instancias precedentes la necesaria aplicación al pleito la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, en la medida en que su disposición transitoria única establece que «*se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional (...)*».

El Tribunal Supremo confirma lo dicho por el Juzgado y la Audiencia en cuanto a la constitucionalidad del principio de masculinidad. Sin embargo, afirma haber lugar al recurso debido al carácter retroactivo de la Ley invocada por la recurrente, que determina su aplicación al supuesto de autos. (*P. M. G-F.*)

**13. Sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador.**—En este supuesto, cuando el último poseedor legítimo del título nobiliario carece de parientes en línea recta descendente, la sucesión del título se rige exclusivamente por el principio de propinquidad (pariente más cercano) y no por el de representación, con independencia del sexo de ese pariente más propinquo al poseedor. (**STS de 22 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En primer lugar, don J. I. interpuso demanda frente a don E. afirmando su mejor derecho genealógico para ostentar un determinado título nobiliario. En segundo lugar, doña E. demandó a don J. I. y a don E. asegurando su mejor derecho genealógico para ostentar el mismo título.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas demandas. Recurrida en apelación la sentencia recaída respecto de la primera demanda, la Audiencia Provincial declaró el mejor derecho de don E. por ser el pariente más próximo, a falta de descendientes del último poseedor del título.

La sentencia de la Audiencia Provincial se recurrió en casación aunque fue confirmada por el Tribunal Supremo. (*J. D. S. C.*)

**14. Sucesión en los títulos nobiliarios. Prescripción adquisitiva.**  
*Dies a quo.*—En la sucesión de títulos nobiliarios el *dies a quo* para el inicio del plazo prescriptivo es el momento en que se produce la cesión notarial y pública de derechos—renuncia del cedente y aceptación del cesionario, tiempos coincidentes para el inicio de la prescripción adquisitiva y de la correlativa extintiva, pues desde ese momento se facilitó y generó el efectivo traspaso del título (cesión de los derechos a su sucesión).

**Requisitos para la prescripción adquisitiva de títulos nobiliarios.**—Los requisitos estructurales se limitan a la posesión pública, pacífica, continuada y no interrumpida, durante cuarenta años. La jurisprudencia destaca que la posesión se refiere a una situación de hecho, de contacto con la cosa, de posesión real y que no se requiere justo título, ni buena fe. Tampoco es preciso una posesión «a título de dueño» pues no se prescribe un dominio o un derecho real, ya que respecto de los títulos nobiliarios sólo se tiene el uso o posesión y por ello, además, el poseedor legal carece del *ius disponendi* (STS de 3 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—D. Pascual, anterior poseedor del título nobiliario de Marqués falleció el 11 de diciembre de 1960 y tras su fallecimiento accedió a la dignidad nobiliaria su hijo D. Santiago tras haberle cedido los derechos su hermano mayor, D. Carlos, a quien correspondía la sucesión legal por ser el primogénito, en escritura pública otorgada ante notario el 31 de octubre de 1961. La cesión fue reconocida dictándose Orden Ministerial de 12 de febrero de 1962 que ordenó expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la carta de sucesión, que fue expedida el 26 de octubre de 1962; el cesionario aceptó la cesión en la misma escritura de cesión de los derechos a la sucesión en el título. El 7 de febrero de 2002, D. Roberto, hijo de D. Carlos, promueve demanda reclamando la posesión del título nobiliario alegando su mejor derecho a poseer. Es hecho probado que D. Santiago, desde el momento mismo de la cesión, e incluso antes, vino usando el título nobiliario al ostentar el hermano mayor cedente otro título, siendo conocido desde la cesión en el ámbito familiar y círculo de amistades y socialmente como Marqués. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—La reimplantación histórica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la costumbre o prescripción inmemorial en materia de títulos nobiliarios, y por su analogía con los mayorazgos, se produjo con base en la presunción de un privilegio de innovación del título anterior a la posesión de cuya prueba queda dispensado quien acredite la posesión por apreciación de significación de dejación de derechos. Frente al dogma de la imprescriptibilidad, por su incompatibilidad con la Ley 45 de Toro (Ley 1.<sup>a</sup>, Tít. XXIV, Libro XI de la Novísima Recopilación) que recogía la posesión civilísima, la nueva orientación jurisprudencial admite la excepción de la prescripción adquisitiva de los cuarenta años (Ley 41 de las de Toro; 1.<sup>a</sup>, título XVII, libro XI de la Novísima Recopilación), entendiéndose que la dejación de los derechos de prellamadas junto con el transcurso del tiempo es sucedáneo idóneo para la convalidación de

la adquisición de una merced nobiliaria [*vid.* SSTS de 7 (RJ 1985, 1151) y 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215); 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 4512); 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1041); 30 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 411); 10 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4645)].

La problemática de la sentencia anotada se centra en el cómputo del plazo de prescripción adquisitiva, y más concretamente, en la determinación del *dies a quo*. Pues si se fija como tal el de la escritura pública de cesión (31 de octubre de 1961) a la fecha del ejercicio de la acción de reclamación (7 de febrero de 2002) había transcurrido el plazo de cuarenta años, y si se fija el de la Orden Ministerial (12 de febrero de 1962) que ordena expedir la Carta de Sucesión o el de la expedición de la última (26 de octubre de 1962) a la fecha de interposición de la demanda no habían transcurrido cuarenta años. Siguiendo las SSTS de 13 de junio de 1996 (RJ 1996, 4766) y 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1349), para el Alto Tribunal la fecha desde la que se computa el *dies a quo* es desde la cesión. (*M. C. L. J.*)

**15. Títulos nobiliarios. Orden regular de sucesión.**—Cuando la carta de concesión de un título nobiliario no dispone un orden especial de sucesión se aplica el llamado orden regular de suceder establecido con arreglo a unos criterios históricos que funcionan con carácter general y supletorio. Estos criterios son, en relación con el fundador o concesionario del título, la preferencia de los descendientes sobre los ascendientes y de éstos sobre los colaterales; la preferencia de línea por primogenitura con anteposición del varón hasta la Ley 33/2006, de 30 de octubre, Ley sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de la sucesión (LITN); en igualdad de línea, la mayor proximidad de grado; en igualdad de grado, la preferencia del varón hasta la LITN; y, en igualdad de las circunstancias anteriores, la mayor edad.

**Principio de propinquidad.**—Agotada la línea regular de sucesión por no existir descendientes directos del fundador o concesionario, la sucesión de los títulos se rige por el principio de propinquidad, en virtud del cual el título se defiende al pariente del último poseedor más próximo en grado a él, sin tener en cuenta la preferencia de líneas ni el derecho de representación derivado de ella (derecho de suceder por parte de aquél a quien no se ha transmitido el título).

**Carácter extraordinario del principio de propinquidad. Usucapión. Línea regular de la sucesión.**—El carácter extraordinario del régimen de propinquidad, justificado históricamente por la necesidad de cubrir con rapidez la vacante real, unido a razones extraordinarias, evitar la proliferación de litigios en torno a los títulos nobiliarios y hacer posible la seguridad jurídica, han justificado que la jurisprudencia, como una excepción al principio general de la sucesión de los títulos nobiliarios, admita la usucapión como forma de sucesión del título. Lo anterior determina que no pueda entenderse que la usucapión por sí misma produce una cesura o ruptura absoluta entre la legitimidad sucesoria de los poseedores del título y la legitimidad sucesoria vinculada al concesionario o fundador, sino sólo la atribución de preferencia a la línea inaugurada por el adquirente en virtud de la usucapión.

El agotamiento de la vía sucesoria del título abierta por usucapión determina la reintegración del título a la vía regular de sucesión si existen descen-

dientes directos del concesionario sin aplicar el principio de propinquidad. La reintegración del título al tronco originario no comporta desconocer la preferencia de la línea favorecida por la usucapión frente a un tercero de mejor derecho, y, consiguientemente, desconocer la legitimidad de la adquisición del título mediante la usucapión, sino aplicar la regla que resulta más acorde con el régimen sucesorio propio de los títulos nobiliarios cuando resulta imposible por falta de descendencia seguir el orden regular de suceder y, con ello, resulta imposible mantener la preferencia de la línea favorecida por la usucapión. (STS de 19 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Antonio obtuvo en 1913 por rehabilitación el título de marqués. Mediante escritura de 22 de marzo de 1920, D. Antonio cedió el marquesado a su hija D.<sup>a</sup> Francisca alterando con ello el orden de sucesión regular que habría favorecido al hijo varón segundogénito D. Esteban. Transcurridos cuarenta años a partir de esa fecha, D.<sup>a</sup> Francisca otorgó el 21 de febrero de 1961 escritura de cesión del título a favor de su sobrino, hijo de su hermana D.<sup>a</sup> Sara, D. Federico, a cuyo favor se expidió Carta de sucesión en 1 de diciembre de 1961. El 17 de marzo de 2000, D. Nicolás, hijo del ya citado D. Esteban, interpuso demanda en la que postulaba la declaración de nulidad de la cesión realizada por D.<sup>a</sup> Francisca a favor de D. Federico, por cuanto dicha cesión perjudicaba su mejor derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y estimó la demanda.

NOTA.—En el caso examinado se plantea una situación especial, por cuanto, fallecida sin descendientes directos la poseedora del título adquirido en virtud de usucapión, la descendencia del concesionario no se ha extinguido, ya que existe un descendiente directo de él, el cual invoca su derecho preferente sobre el pariente que sería llamado aplicando el principio de propinquidad.

La cuestión que se plantea en la sentencia anotada es la relativa a si, ganada la posesión de un título nobiliario por usucapión, la sucesión del título, una vez fallecido sin descendencia directa el poseedor legítimo en virtud de la usucapión, pero subsistiendo descendientes en línea directa del fundador o concesionario, debe seguir la línea regular de sucesión a partir de éste (como entiende la sentencia de apelación) o resolverse con arreglo al principio de propinquidad o proximidad parental al fallecido sin descendencia, poseedor legítimo en virtud de la usucapión (como se mantuvo en la sentencia de primera instancia, que fue revocada). Para el Alto Tribunal prevalece la primera opción, ya que consideró que no es aplicable al caso el principio de propinquidad por su carácter extraordinario. En igual sentido se manifestó la STS de 11 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4054) (M. C. L. J.)

**16. Principio de propinquidad y principio de representación.**—La sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta

descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de propinquidad y no por el de representación. Así, ya la STS de 8 de marzo de 1919 reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral siempre que estén en la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendentes. El mismo criterio sustenta la STS de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «*sucedirá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia*» (Ley 2.<sup>a</sup> del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «*primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra*». (STS de 15 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín García.]

HECHOS.—En virtud de carta de sucesión expedida a su favor tras renuncia o cesión de su hermano mayor, D. Federico, D. Eugenio ostenta el título de Marqués. D. Darío, hijo de Federico, interpone demanda reclamando el mejor derecho genealógico al título de Marqués contra su padre y su tío.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—La sentencia anotada, al igual que la dictada por la Audiencia Provincial, sigue la consolidada doctrina jurisprudencial que entiende que «*inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propincuo pariente del último poseedor*». Por consiguiente, con arreglo al principio de propinquidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido la descendencia [(*vid.* SSTS de 8 de marzo de 1919, 5 de julio de 1960, 16 de noviembre de 1961, 5 de octubre de 1962, 4 de junio de 1963, 31 de diciembre de 1965 (RJ 1965, 6007), 29 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4866), 17 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4895) y 13 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7512), 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8839)]. El Tribunal Supremo rechaza así la interpretación de la sentencia de primera instancia que estimó la demanda razonando que el demandante procedía por línea directa del fundador de la merced y aplicando los principios de primogenitura y representación, al tiempo que rechazaba la prescripción adquisitiva (*M. C. L. J.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**17. Contrato simulado. Libertad contractual y presunción de licitud de la causa. No operan cuando el negocio celebrado encubre otro real concluido en fraude de ley.**—El respeto al principio de libertad contractual y a la presunción de causa lícita en los contratos no puede legitimar

actuaciones como la presente de flagrante fraude de ley, consistente en la simulación de un contrato de préstamo con anticresis para encubrir otro de compraventa en contravención de una norma prohibitiva, como es la del art. 51 L.A.U. de 1964. Sin que se vulnere la presunción de licitud de la causa de los contratos, pues por el contrario se ha probado la inexistencia de causa en el caso del préstamo y la anticresis y la licitud de la misma en el supuesto de la compraventa efectivamente realizada no hace inatacable este último negocio, pues la propia Ley (art. 51 L.A.U.) y el convenio alcanzado por las partes permitían a los compradores iniciales instar la resolución de la venta efectuada por quien aprovechó su condición de arrendatario para adquirir por tanteo y posteriormente vender a terceros. (STS de 2 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En 1998 los propietarios de un inmueble arrendado comunicaron su propósito de venta a la arrendataria. La sociedad inquilina *IIS, S. A. L.*, ejerció efectivamente el derecho de tanteo y adquirió el inmueble por 75.800.000 pts., en detrimento de don Alejandro y doña Juana, compradores inicialmente interesados. Al mismo tiempo suscribieron un acuerdo con estos últimos por el cual se obligaban a no transmitir la finca por un plazo de cinco años (*ex art. 51 L.A.U. de 1964*). Dos años después, la compradora por vía del tanteo suscribió un contrato de préstamo con don José y doña Carmela, por importe de 121.500.000 pts, a devolver al cabo de seis años; constituyendo en garantía de su pago una anticresis sobre la finca. Pocos días después de finalizar el plazo de cinco años pactado, la sociedad *IIS, S. A. L.* celebró un negocio transaccional con don José y doña Carmela en el que, reconociendo que no podían hacer frente a la devolución del préstamo, acordaban dar en pago la plena propiedad del inmueble a los prestamistas. Don Alfredo y doña Juana demandaron tanto a la sociedad como a los prestamistas alegando la simulación absoluta del contrato de préstamos y consiguiente anticresis, que escondería una verdadera compraventa, con infracción de lo acordado en el contrato por el que se obligaban a no transmitir durante cinco años. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona no acogió el recurso de apelación planteado por los demandados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**18. Simulación absoluta. Donación encubierta de bienes inmuebles.**—La doctrina jurisprudencial a partir de la S.T.S. en Pleno de 11 de enero de 2007 (seguida posteriormente por las de 20 de noviembre de 2007, 4 de marzo de 2008 y, 4 y 27 de mayo de 2009, entre otras) ha cambiado de criterio interpretativo en relación con la donación encubierta, al no considerar que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación de bienes inmuebles, sea pura o remuneratoria, siendo solo válida cuando se otorga escritura pública de donación que visualice el «*animus donandi*», con cumplimiento del requisito «*ad solemnitatem*» del art. 633 CC.

**Simulación contractual. Legitimación impugnatoria y actos propios.**—La incidencia de la doctrina de los actos propios en el campo de la nulidad

negocial no impide la legitimación impugnatoria de los simulantes entre sí en el caso de simulación contractual, porque se está atacando un contrato sin realidad ni efecto jurídico alguno (SSTS de 2 de febrero de 1946, 24 de febrero de 1986, 30 de octubre de 1992 y 4 de octubre de 2004, entre otras). (STS de 21 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Mediante el presente pleito don Nicanor insta la nulidad, por falta de causa, de varias escrituras públicas en las que él mismo intervino como otorgante aduciendo en su demanda que tales negocios jurídicos, cuya principal beneficiaria era doña Elisenda, con la que a la razón mantenía una relación sentimental y que más tarde sería su esposa, son meramente simuladas y se celebraron «con el propósito de crear una aparente insolvencia patrimonial del actor en detrimento de las pensiones alimenticias y compensatoria para su esposa e hijas, y para privarles o disminuirles sus derechos legitimarios». La sentencia del juzgado estima parcialmente la demanda. La audiencia estima en parte el recurso de apelación planteado por la sucesión procesal de la parte actora y el TS admite el recurso de casación interpuesto por la sucesión procesal de la actora al declarar nulas las compraventas documentadas en tres de las distintas escrituras públicas celebradas (*I. D.—L.*)

**19. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas bancarias abusivas. Exclusión absoluta de responsabilidad del banco por utilización indebida de la tarjeta o libreta antes de ser comunicado a la entidad. Nulidad de la cláusula que exime de manera indiscriminada a la entidad bancaria.**—Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Existen situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia necesaria, puede percibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío. Por ello es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío. En este sentido se orienta el derecho comunitario y la Ley 16/2009, de Servicios de Pago, de trasposición de la Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago en el mercado interior.

**Cláusulas sobre vencimiento anticipado del crédito por embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia.**—No se configura válidamente esta cláusula cuando su efectividad supone atribuir a la entidad bancaria una facultad discrecional de resolución contractual, de manera que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al predisponente para ejercitar la facultad resolutoria.

**Cláusulas que exigen el consentimiento previo de la entidad para que el deudor pueda transmitir el bien o la deuda con efectos liberatorios. Necesidad de distinguir la asunción de deuda de la obligación de no disponer del bien.**—Sin perjuicio de que la transmisión de la deuda por el deudor, con efecto liberatorio, exige el consentimiento de la entidad bancaria,

ello no puede servir para imponer al hipotecante una prohibición de enajenar el bien, sin que quepa confundir la responsabilidad –que no deuda– del que adquiere una finca hipotecada, con la exigencia de consentimiento del acreedor para que tenga lugar la liberación del primitivo deudor por la transmisión de la obligación de devolver la cantidad prestada. (**STS de 16 de diciembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.–La OCU demandó a las entidades bancarias *C.M., BBVA, S. A., B., S. A., BSCH, S. A.* sobre declaración del carácter abusivo y consiguiente nulidad de un conjunto de cláusulas utilizadas por aquéllas en sus operaciones mercantiles con los consumidores y usuarios; la mayoría por incurrir en una grave alteración del equilibrio de las prestaciones contractuales, sin venir acompañadas de suficiente causa justificadora para generar tales desequilibrios. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda y declaró la abusividad y subsiguiente nulidad de un amplio espectro de las cláusulas generales impugnadas. La Audiencia Provincial de Madrid estimó tanto el recurso de apelación de la actora como el de las demandadas y, en su virtud, anuló algunas cláusulas y declaró la legalidad de otras en contra de lo fallado en la instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por las demandadas pero, por el contrario, acogió en parte el de la demandante y procedió a declarar el carácter abusivo y la nulidad de algunas otras condiciones generales utilizadas por los bancos demandados. (*L. A. G. D.*)

**20. Contratos. Nulidad de los contratos causalmente vinculados a otro principal y también declarado nulo.**–Los contratos posteriores suponían la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores, pues éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior, la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 20 de noviembre de 1964), ya que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos. De suerte que, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad.

**Infracción de normas administrativas que delimitan el contenido de los deberes de información y de claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas contractuales.**–La infracción de normas administrativas dará lugar a la nulidad (art. 6.3 CC), cuando analizando la índole y finalidad de la norma contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulte incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, debiendo aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006), sin que sea obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. (**STS de 22 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La asociación de consumidores ADICAE demandó a la entidad bancaria CRV, S.C.C., solicitando la declaración de nulidad de diversas cláusulas utilizadas por el Banco, así como un conjunto de contratos que éste había celebrado indiscriminadamente con sus clientes sobre imposiciones a plazo atípicas de alta rentabilidad pero también de alto riesgo, en las que los impositores podían incluso sufrir pérdida total o parcial del capital depositado. Asimismo, se pidió la declaración de nulidad de las operaciones y contratos subsiguientes que, a la vista de los malos resultados del producto, se habían concertado entre el Banco y sus clientes afectados con el fin de enjugar las cuantiosas pérdidas generadas a éstos. La base de la demanda estaba en la ausencia de una adecuada información a los perjudicados sobre el producto y riesgos contratados, así como del error que se había provocado en ellos tanto para la suscripción de los primeros contratos, como con los que se intentaba paliar el notable perjuicio económico padecido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas y de los contratos primitivos, pero no así de los posteriores. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación de la actora y anuló igualmente los contratos generados en segundo término. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada. (*L. A. P. M.*)

**21. Contrato de préstamo: aplicación de las reglas de interpretación de las cláusulas contractuales.**—«El punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, debiendo estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes» (FJ 2.º STS de 3 de diciembre de 2009).

**Imposibilidad de aplicación de la doctrina de los actos propios.**—La doctrina de los actos propios precisa para su aplicación «la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica», «se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica», «en base a la confianza que un acto o conducta de una persona debe producir en otra... lo que significa que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por los mismos y que rompe el principio de buena fe determinado en el art. 7.1 CC [...]» (FJ 4.º STS de 3 de diciembre de 2009) (**STS de 3 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El presente litigio versa sobre un problema de posible impago de los intereses derivados de un contrato de préstamo. La parte actora solicita la condena al pago de los intereses devengados, con fundamento en que la sociedad demandada ha realizado determinados actos de los que se deduce su intención de pagar los intereses del préstamo. La actora considera que debe pagarlos porque de lo contrario la parte demandada estaría actuando contra sus propios actos. La sociedad demandada contesta a la demanda alegando que no se pactaron en el contrato el pago de los intereses reclamados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo desestimado también el recurso de apelación interpuesto

por la parte actora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos aplicar las reglas de interpretación de los contratos, así como la doctrina de los actos propios para llegar a la conclusión de que efectivamente la parte demandada no debía los intereses que la actora alega. Aplicando las reglas de interpretación de los contratos, el Tribunal Supremo considera que, teniendo en cuenta que la primera regla aplicable es la de prevalencia de la interpretación literal de los contratos, siempre que no existan dudas sobre la intención de los contratantes, la parte demandada no debe abonar dicha cuantía, puesto que del contrato no se deduce ser ésta la voluntad de las partes.

Como segundo motivo, la parte actora alega la vulneración de la doctrina de los actos propios. Considera la actora que de los actos de la demandada puede concluirse su conocimiento y admisión de su obligación de pago intereses, puesto que la demandada deposita las cuentas anuales en el Registro Mercantil, recogiendo una previsión de pago de dichos intereses. La parte demandada alega que simplemente se trató de un acto de prudencia, que a su vez responde a los principios de contabilidad generalmente aceptados. A juicio de Tribunal Supremo no puede concluirse en este caso que se esté vulnerando la doctrina de los actos propios, ya que la actuación realizada por la parte demandada no supone en ningún caso reconocimiento de deuda respecto de los intereses del préstamo. (*L. Z. G.*)

**22. Contratos. Solidaridad de deudores: regla general y solidaridad tácita.**—El art. 1.137 CC declara que la solidaridad no se presume, sin embargo, resulta más razonable en relación con las circunstancias la apreciación de solidaridad tomando en cuenta la situación de indivisibilidad de actuación, y práctica confusión económica y jurídica en las relaciones, que permite estimar la concurrencia de una solidaridad tácita (implícita) cuando se deduzca de los antecedentes del negocio o del conjunto de circunstancias que la voluntad de los interesados fue la de establecer la responsabilidad solidaria entre los mismos. (**STS de 22 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La representación de la entidad T. SL. interpuso demanda contra D. Luis Carlos, D. Argimiro, D. Emilio y las entidades J. S. L. y S. S. L., solicitando condene solidariamente a los demandados por incumplimiento contractual. La parte demandada formuló reconvencción reclamando ciertas cantidades a la entidad actora. El Juzgado de Primera Instancia número diecinueve de Valencia estimó parcialmente ambas reclamaciones. Recurrida en apelación por los demandados, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la entidad T. S. L. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

**23. Diferencias entre la dación en pago y el pago por cesión de bienes.**—Mientras la dación en pago es un acuerdo mediante el cual se pacta que se cumpla la obligación a través de una prestación distinta de la que era objeto de la misma, transmitiendo el deudor bienes de su propiedad al acreedor para que extinga el crédito del que era titular y actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa; el pago por cesión de bienes supone la celebración de un negocio jurídico, por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de estos bienes al pago de las deudas contraídas por el cedente.

**La falta de configuración de precio cierto en el contrato de dación en pago no conlleva la nulidad del contrato celebrado.**—Las partes contratantes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden acordar una dación en pago, cuya cuantía no esté perfectamente determinada, no debiendo hablarse en este caso de nulidad del contrato por falta de causa. **(STS de 1 de octubre de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare la validez y eficacia del contrato de cesión de bienes *pro soluto* celebrado con la demandada, así como el otorgamiento de escritura pública por el que se transmita a la parte actora la propiedad de una finca, tal y como se preveía en el contrato de cesión. La parte demandada solicita se declare la nulidad del contrato por falta de causa, al no fijarse un precio cierto, y, subsidiariamente, se decrete la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones por la parte actora. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la demandada en la instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia, como cuestión principal, si en la cesión de bienes *pro soluto* es necesario la fijación de un precio determinado, tal y como sucede en la compraventa, cuyo régimen es aplicable analógicamente a estos contratos; y si, en caso de no establecerse, podría entenderse el contrato nulo por falta de causa. A juicio del Tribunal Supremo, la aplicación de los artículos de la compraventa por analogía *iuris* no supone la necesidad de aplicar todos y cada uno de los preceptos que integran el régimen de la compraventa. El contrato, en virtud del cual, las partes acuerdan, como pago de honorarios, la transmisión de determinados bienes es perfectamente válido, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, y no supone la inexistencia de causa por falta de precio. *(L. Z. G.)*

**24. Contrato de compraventa. Incumplimiento doloso: El dolo negativo.**—La actuación dolosa no solo puede manifestarse mediante una actuación positiva, como parece desprenderse de la expresión «*palabras o maquinaciones insidiosas*» que emplea el art. 1.269 CC, sino que también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta

de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido (SSTS de 29 de marzo y 5 de octubre de 1994, 11 de diciembre de 2006 y 26 de marzo de 2009, entre otras muchas), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SSTS de 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007 y 26 de marzo de 2009, entre otras)

**Caso fortuito y fuerza mayor.**—Se darán estos supuestos cuando se trate de un acontecimiento cuyo resultado no puede ser calculado por una conducta prudente a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar (SSTS de 9 de noviembre de 1949, 7 de abril de 1965 y 1 de septiembre de 1983, entre otras). (**STS de 30 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los demandantes, doce personas físicas, celebraron cada uno de ellos un contrato de compraventa con una entidad mercantil, demandada, referido a viviendas unifamiliares que habían de ser construidas por esta última. Quedó probado que la demandada no informó a los compradores en el momento de celebrar las ventas, de la existencia en el Sector donde habían de ser construidas las viviendas de residuos sólidos urbanos que podían determinar la calificación del suelo como contaminado. La posterior declaración de «suelo contaminado» del referido Sector dio lugar a la imposibilidad de la vendedora de cumplir los contratos. Los actores pidieron el cumplimiento del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. El juzgado estimó la demanda y añadió que para el caso de no cumplirse los contratos en el plazo de dos años, se devolviese a cada uno de los demandados la cantidad entregada más una indemnización cuyos parámetros fueron fijados en la sentencia. La Audiencia confirma esta sentencia y el TS no da lugar al recurso de casación (*I. D.—L.*)

**25. Responsabilidad contractual: incumplimiento de las instrucciones remitidas por fax. Buena fe objetiva: la conducta de la demandada implica asunción de dar cumplimiento a la instrucciones remitidas.**—

El contrato entre las partes, denominado de agencia de emisión y pago, no se reduce al documento escrito ya que, al tratarse de un contrato de *—tractu sucesivo—* se pueden añadir posteriormente, o surgir por derivación, otras obligaciones. Lo que significa que no cabe reducir el contenido del contrato al contenido del documento. No existe discrepancia trascendente sobre el hecho de que la entidad demandada recibió un fax con instrucciones en el que se le comunicaba la obligación de realizar una obligación de hacer. En concreto, efectuar el anuncio, a los tenedores o titulares de Obligaciones, de la decisión de la entidad emisora de llevar a cabo la amortización anticipada prevista en la emisión y contratos de suscripción de los títulos. El argumento básico en el que se fundamenta la responsabilidad contractual radica en que el demandado recibió el fax de instrucciones y adoptó un comportamiento acorde con su contenido. Esta conclusión se evidencia por la respuesta al fax recibido. No se trata de un mero acuse de recibo. Hay una devolución del fax sellado como confirmación, tal y como se había solicitado en el texto del mismo. En el fax no se inquiría sobre la posibilidad de la gestión, ni la dispo-

sición de hacerla, sino que se recababa y encomendaba una prestación de hacer. Se daba una instrucción, y se solicitaba la conformidad con su realización mediante la devolución del fax, y esto tuvo lugar. Con su devolución, que implica conformidad con el mismo, y, en cualquier caso, con la falta de queja o de manifestación de discrepancia con la realización de la instrucción recibida, resulta incuestionable que se creó en el remitente BDCE la confianza razonable de que se observaría un comportamiento acorde con dicha confianza; es decir, consecuente con la instrucción enviada. De modo que al no cumplirse el encargo en forma adecuada se conculcó la buena fe objetiva plasmada en el art. 1.258 CC. Por otro lado, el demandado no permaneció inactivo en el «*iter*» del cumplimiento de las instrucciones, lo que excluye la defensa construida en torno a la inexistencia de la obligación contractual encargada, o la excusa de incumbirle la tarea controvertida a otra entidad. Es evidente que trató de cumplir el encargo –instrucción–, pero lo hizo defectuosamente (STS de 7 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.–El BDCE realizó en 1996 una emisión de Obligaciones con previsión de amortización final en el año 2011 y posibilidad de amortizaciones anticipadas en los años 2001 y 2003. Para tal fin concertó un contrato de agencia de emisión y pagos con la entidad mercantil *BU, S. A.* Posteriormente BDCE decide ejercitar la facultad de amortización anticipada, por lo que comunica por fax a *BU, S. A.* que proceda a efectuar el correspondiente anuncio, a los tenedores o titulares de obligaciones, de la decisión que había adoptado sobre la amortización anticipada conforme se establecía en la emisión y contratos de suscripción de los títulos. Sin embargo dicha operación no se pudo llevar a cabo por no haberse realizado las obligatorias publicaciones para ponerlo en conocimiento de los tenedores de los títulos. BDCE imputa a *BU, S. A.* el incumplimiento de la obligación de publicación y solicita que le indemnice los daños y perjuicios sufridos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestiman la demanda. El TS estima el recurso de casación (*C. O. M.*)

**26. Resolución por incumplimiento. Estimación de la acción ejercitada a pesar de no resultar probada la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.**—«La moderna doctrina jurisprudencial no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde. Ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado, o producido por causa (no) imputable al que pide la resolución [...].» (FJ 4.º STS de 30 de octubre de 2009). (STS de 30 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–Por la parte actora se celebra contrato de compra-venta de un inmueble en documento privado, mediante el cual se acuerda el pago aplazado del precio, coincidiendo en último pago con la elevación a público del contrato celebrado. Por su parte, la vendedora se comprometía a entregar la vivienda a las compradoras en el plazo máximo de dieciséis meses desde la concesión de la

licencia definitiva de construcción. Tras fijarse una fecha para el otorgamiento de la escritura pública, las compradoras no comparecen en la fecha preestablecida. Seguidamente se establece una nueva fecha de comparencia, siendo requeridas ambas compradoras, y poniendo en su conocimiento que, para el caso de que no comparecieran, se procedería a dar por resuelto el contrato, entendiéndose perdidas las cantidades percibidas hasta el momento. Llegada la fecha de comparencia, una de las compradoras decide no aparecer al acto de escrituración, por lo que la vendedora decide dar por resuelto el contrato. La compradora que sí comparece interpone demanda contra la vendedora y contra la otra compradora, solicitando la vigencia del contrato de compraventa, a la vez que se declare el incumplimiento por parte de la vendedora, al no entregar la vivienda en el plazo convenido, así como el incumplimiento de contrato por parte de la otra compradora, debiendo ser indemnizada por ambas partes por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora en la instancia, la Audiencia Provincial procede a estimar el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El hecho de que exista una pluralidad de sujetos en la parte compradora debe ser entendido desde el punto de vista de la solidaridad, tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato. En este sentido, el incumplimiento de una de las compradoras por su falta de comparencia al acto de otorgamiento de la escritura pública, cuando han sido llamadas a actuar conjuntamente, se traduce en la posibilidad que tiene la contraparte de ejercitar la resolución por incumplimiento, con fundamento en el art. 1124 CC, sin necesidad de probar las causas que motivaron el citado incumplimiento, ni tan siquiera la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento [vid. SSTS de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/7716), 3 de abril de 2000 (RJ 2000/1813), 26 de julio de 2001 (RJ 2001/8423), 13 de febrero de 2003 (RJ 2003/1017), entre otras]. (L. Z. G.)

**27. Resolución extrajudicial y resolución judicial.**—Una resolución se produce extrajudicialmente por acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y tanto más si hay oposición, se precisa la declaración judicial (STS de 6 de octubre de 2000) de que está bien hecha y los efectos de la resolución serían *ex tunc* (SSTS de 17 de junio de 1986 y 15 de julio de 2003) para lo cual hace falta el ejercicio de la acción, en demanda o en reconvencción (SSTS de 26 de diciembre de 2001 y 28 de junio de 2002).

**Doble venta. Necesidad de buena fe.**—La doble venta la contempla el artículo 1473 CC, y se da cuando el propietario vende la misma cosa a varios compradores y dispone cuál de ellos tiene la preferencia en la adquisición de la misma, quedando ineficaz la otra. Lo que consiste, si la cosa es inmueble, en que la adquiere el que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que presupone que antes hubo tradición real o instrumental por la escritura pública. Sin embargo, esta preferencia al que ha inscrito tan sólo se produce si ha mediado buena fe por su parte. La compra que prevalece, si hay mala fe, produce la ineficacia de la que se inscribe de mala fe. Aquél que inscribió sin

la concurrencia de la buena fe no deviene propietario y si el que compró anteriormente de buena fe no recibió la entrega de la cosa, tiene derecho a que se le dé la posesión y a la elevación a escritura pública del contrato que celebró en documento privado, con la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad deviniendo así en propietario.

El concepto de buena fe aplicado al caso de la doble venta consiste en ignorar que la cosa había sido vendida a otro. No es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento: el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral (STS de 27 de septiembre de 1996). El concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (SSTS de 19 de julio de 1989 y 22 de diciembre de 2000). La exigencia de la buena fe al caso de doble venta de inmuebles se deduce de los principios generales del derecho –ejercicio de los mismos de buena fe– y de relacionar esta norma con el artículo 34 LH, lo cual ha sido mantenido por una jurisprudencia reiteradísima, desde las antiguas SSTS de 13 de mayo de 1908, 29 de noviembre de 1928 y 31 de octubre de 1929 hasta las recientes de 1 de junio de 2000, 24 de julio de 2000 y 11 de junio de 2004, pasando por las de 30 de junio de 1986, 29 de julio de 1991, 24 de noviembre de 1995.

**Artículo 34 LH. Presupuesto de la buena fe. Momento en el que debe concurrir.**–El momento en que debe concurrir la buena fe es el (del) otorgamiento del título público que luego se inscribirá; lo que responde al texto del artículo 34 LH: «... de buena fe adquiriera...». No sin matices, la jurisprudencia ha mantenido esta solución en las SSTS de 22 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001 y 23 de septiembre de 2004, aparte de otras muchas anteriores. (STS de 13 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**–Se concertó un contrato privado de compraventa entre doña Erica, como vendedora, y la entidad mercantil *J., S. L.*, como compradora, sobre dos fincas, por un precio de 50 millones de pesetas, pagándose tres millones a la firma del contrato y para el resto se estipuló su pago en tres tramos a contar desde que se otorgase la correspondiente escritura pública una vez la vendedora entregase determinada documentación, no obstante lo cual la compradora entregó a la vendedora quinientas mil y doscientas mil pesetas, a cuenta del pago pendiente. La sociedad compradora no llegó a tomar posesión de las fincas.

La referida Sra. Erica efectuó a la compradora requerimiento notarial en virtud del cual se exponía que «ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos pactados en dicho contrato, el mismo queda rescindido, quedando en consecuencia a su disposición la suma de 3.700.000 ptas.», siendo dicho requerimiento contestado por la compradora rechazando la resolución del contrato. Con posterioridad, doña Erica otorgó escritura pública de compraventa de

las expresadas fincas a favor de *M., S. L.* por precio de setenta millones de pesetas, transmitiendo el pleno dominio de las dos fincas. Se practicó acta de requerimiento contra la entidad actora para que se diera por notificada de la anterior compraventa e insistiendo en la resolución del primer contrato, y dicho requerimiento fue nuevamente contestado por la compradora oponiéndose a la resolución e instando a la vendedora a proceder a la anulación de la compraventa posterior. *J., S. L.* requirió a *M., S. L.*, exponiéndole que era nula de pleno derecho la segunda venta realizada por doña Erica, al estar plenamente vigente el anterior contrato, por lo que la requería para que procediera a la inmediata anulación de la citada escritura, así como a evitar o anular cualquier tipo de inscripción registral. Con posterioridad, se practicó la inscripción registral de las fincas enajenadas a favor de *M., S. L.*

*J., S. L.* interpuso demanda contra doña Erica, *M., S. L.* y Caja de Ahorros de C., solicitando se confirmara la plena validez y eficacia del primer contrato y la nulidad de la segunda compraventa, y que como consecuencia de ello se ordenara la cancelación de la inscripción registral a favor de *M., S. L.*, en relación a las fincas citadas; y con carácter subsidiario, para el caso de que los anteriores pedimentos fueran desestimados, se condenara a doña Erica a devolverle 3.700.000 pesetas y a los codemandados a indemnizarle por los daños y perjuicios causados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la plena validez y eficacia del contrato celebrado por *J., S. L.* y doña Erica, y la nulidad de la compraventa entre ésta y *M., S. L.*, y consecuentemente ordenó la cancelación de la inscripción registral a favor de *M., S. L.* sobre las fincas, absolviendo en cambio a la Caja de Ahorros de C. Interpuesto recurso de apelación por *M., S. L.*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, *M., S. L.* recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (*F. J. J. M.*)

**28. Contrato de ruta turística con alquiler de vehículo «quad»:** **Actividad de riesgo aceptada: Accidente con secuelas graves: Ausencia de responsabilidad contractual y extracontractual de la empresa: Falta de prueba.**—Tanto si se invoca la reponsabilidad contractual como la extracontractual, a partir de los hechos probados de la sentencia procede desestimar el recurso pues está acreditado que se pusieron a disposición de los actores todos los medios adecuados para desarrollar la actividad que habían contratado, y si el accidente se produjo no es por un defecto relevante en el diseño y organización de la travesía elegida para la excursión, sino como consecuencia de una actividad de riesgo, asumida y aceptada como objeto del contrato por los recurrentes.

**Doctrina general sobre el riesgo como fuente de responsabilidad.**—Desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetiva, el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del

mismo por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS de 17 de febrero y 4 de marzo de 2009), y es evidente que una actividad reconocida y administrativamente admitida de riesgo no puede convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si ésta se cumple en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pudieran derivarse para el conjunto de las personas que acceden libre y espontáneamente a la misma, cuando la actividad no comporta en sí misma un riesgo anormal o considerable y no se ha producido un incremento inesperado de los riesgos esperados que permita desplazar la responsabilidad hacia quien, aun de forma lícita y permitida, crea y controla la situación de peligro. Y es evidente que, al margen de que no se ha probado la culpa o negligencia de ninguno de los demandados, el riesgo era conocido por los actores y como tal lo aceptaron de una forma voluntaria, como considera probado la sentencia recurrida, y este riesgo podían controlarlo a través de la información que recibieron de los organizadores antes de la prueba y de la tutela específica del guía, como así lo hicieron los demás participantes. La responsabilidad no puede ser calificada por el resultado, sino por la concurrencia de los elementos sobre culpabilidad y relación de causalidad, que configura la responsabilidad por culpa extracontractual, ninguno de los cuales se han dado, especialmente en lo que se refiere a la conducta del guía de la excursión, sobre la que se ha incidido reiteradamente en el recurso, ya que actuó conforme a la *lex artis* propia de sus conocimientos, dando las oportunas instrucciones y controlando el desarrollo de la prueba, por más que en un momento dado, por las características del recorrido, pudiera haber perdido momentáneamente de vista a los actores, cuando eran éstos, y no el guía, los responsables de manejar el mecanismo de dirección de su vehículo, acelerando o disminuyendo la velocidad, teniendo en todo momento la posibilidad de consultar con el guía, en la forma en que habían sido instruidos, siendo así que el accidente se produjo en un tramo que no representaba un peligro especial para la circulación de este tipo de máquinas, como también declara probado la sentencia (STS de 30 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los hechos que configuran este contrato —ciertamente, atípico— aparecen bien descritos en el FD 1.º, de los que extractamos los siguientes: D.ª Mercedes y D. Jorge contratan con la Agencia de Turismo Europeicos una excursión a realizar en vehículo *quad*, que discurría por la pista Ojedo-San Tirso-Triallo-Castro-Ojedo-Potes, y en el transcurso de la misma sufrieron un accidente del que resultaron lesionados ambos actores, tardando 300 días en curar D.ª Mercedes, con secuelas en menisco, y 597 días D. Jorge, siendo declarada por el INSS su incapacidad permanente de gran invalidez. En su demanda, la primera reclama 21.192 euros, y el segundo 744.401,62 euros, siendo rechazada en ambas instancias con base en los siguientes argumentos: 1.º Europeicos está registrada como empresa de turismo activo, y disponía al contratar de los permisos y autorizaciones administrativas pertinentes, habiendo sido su actividad objeto de inspección sin que conste incidencia alguna. 2.º La ruta contratada es una de las habitualmente utilizadas por las empresas de turismo activo de la zona para realizar excursiones en *quad*; no concurre ningún defecto relevante en el diseño y organización de la travesía; la ruta carece de peligro y

no tiene desniveles o pendientes que resulten arriesgados para ser superados por vehículos del tipo que ocupaban los actores, y tampoco el lugar del accidente representa un peligro para la circulación de este tipo de vehículos. 3.º El *quad* es un vehículo del tipo *todo-terreno*, adaptado especialmente para circular por trazados accidentados y no por vías pavimentadas, siendo tal circunstancia la que atrae a quienes demandan este tipo de actividades comunmente denominadas *de aventura*, los cuales admiten que el trazado tendrá cierta dificultad para el paso con vehículos de tracción normal, y que por lo tanto será en cierta medida sinuoso y accidentado, apto para la circulación con vehículos de tracción total. 4.º Los vehículos estaban debidamente homologados, prácticamente nuevos, con apenas tres meses de antigüedad, sin que en ninguno de ellos se apreciaran defectos de fabricación, mantenimiento y funcionamiento, no existiendo indicio alguno que permita considerar que el accidente se produjo por su mal funcionamiento. 5.º El guía de la excursión reunía la cualificación necesaria dado que ninguna titulación específica se requería y era conocedor de la zona así como de los vehículos propiedad de su padre; las instrucciones impartidas por el guía fueron suficientes para asegurar que los excursionistas fueran capaces de manejar con destreza el vehículo, habiendo recorrido más de ocho kms cuando se produjo el siniestro, circunstancia que les había permitido adquirir cierta destreza en su manejo en un trazado urbano antes de introducirse en la pista. 6.º El guía instruyó a todos los excursionistas para que circularan en grupo, siendo tal instrucción respetada con carácter general salvo en supuestos puntuales en que algún vehículo se rezagaba, —como ocurrió en el accidente—, abriendo la marcha el guía, siendo el penúltimo el de los accidentados, sin que nadie de la comitiva pidió al guía que alterase el orden o redujese la velocidad por dificultades para seguirle. 7.º El tramo del accidente no estaba calificado de peligroso y el baden existente pudo ser librado sorteándolo, como lo hicieron los vehículos que le precedían.

NOTA.—Bajo la perspectiva contractual cabría detenerse en el contenido de las cláusulas que convinieron ambas partes pero no transcritas en la sentencia (se alude a la obligación de transitar en caravana y de seguir en cada momento las instrucciones del guía; pero ¿se comunicaba éste permanentemente con los componentes de la caravana? ¿qué hacer si se cortaba esta última, o si se extraviaba algún vehículo? ¿o en caso de avería del coche, o de colisión con terceros? ¿eran suficientes las instrucciones iniciales para, en poco espacio de tiempo, dominar adecuadamente el manejo del *quad*?). Parece que la *ratio* de la absolución ha sido la falta de prueba que incumbía a los actores que contrasta con la abundante de los demandados. Habrá que esperar a nueva jurisprudencia (*G. G. C.*)

**29. Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Lucro cesante.**—El lucro cesante se integra en la indemnización que debe percibir el acreedor de una obligación que ha sido incumplida culpablemente por el deudor, conforme contempla el artículo 1106 CC y ha reiterado con frecuencia la jurisprudencia. Como dice la STS de 5 de noviembre de 1998, «el lucro cesan-

te tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, STS de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, SSTS de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, STS de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, STS de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SSTS de 8 de julio y 21 de octubre de 1996). (STS de 12 de noviembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad *G., S. L.*, propietaria de un solar, se obligó a edificar sobre él un edificio que será destinado a residencia para personas mayores y una vez construido lo arrendará, como parte arrendadora, por veinticinco años y a un precio señalado, a la otra parte contratante, arrendataria, *Q., S. A.*

Este contrato no llegó a ser cumplido. Ante ello, *Q., S. A.* formuló demanda contra la arrendadora *G., S. L.*, imputándole no haberle entregado la residencia debidamente terminada e interesando la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación por aquélla y una pequeña indemnización. La demandada se opuso a la anterior y formula demanda reconventional interesando, como pedimento principal, la obligación de la futura arrendataria de aceptar la entrega del edificio y comenzar el pago de la renta pactada, y como petición subsidiaria que se declare la resolución del mismo contrato por causa imputable a la futura arrendataria *Q., S. A.* y que ésta debe indemnizarle los daños y perjuicios, por tres conceptos: pérdida de una subvención que le había sido concedida para edificar un hotel y a la que renunció al celebrar aquel contrato y destinar la construcción a una residencia de personas mayores; los mayores costes en la construcción de la residencia, que los que estaban previstos para la construcción del hotel; y pérdida de los alquileres que estaban previstos para veinticinco años.

Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda formulada por *Q., S. A.*, por entender que la arrendadora *G., S. L.* no había incumplido las obligaciones derivadas del contrato, y asimismo es desestimado el pedimento principal de la demanda reconventional de *G., S. L.* La sentencia de primera instancia declaró la resolución del contrato por causa imputable a *Q., S. A.* condenando a ésta a indemnizar a *G., S. L.* en los tres conceptos señalados, sentencia que es confirmada en apelación aunque esta indemnización es rebajada drásticamente. Contra la sentencia de apelación, formuló *G., S. L.*, como demandante recon-

vencional, sendos recursos por infracción procesal y de casación por razón de la indemnización que considera insuficiente, siendo desestimado por el Tribunal Supremo el recurso por infracción procesal y estimado el de casación, confirmando la sentencia del Juzgado. (F. J. J. M.)

**30. Contratos. Cláusula penal moratoria. Inaplicación a este tipo de cláusulas de la facultad moderadora prevista en el art. 1.154 CC.**—Es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS de 10 de mayo de 2001 y de 20 de diciembre de 2006, entre otras), que a la cláusula penal moratoria estipulada exclusivamente para el supuesto de retraso en que incurra el deudor en cumplimiento de la obligación no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del art. 1.154 CC, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora —por así haberlo estipulado libremente las partes— por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación. (STS de 23 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La mercantil *ESRM, S. L.* había concertado con *SE, S. A.* un negocio de cesión de derecho de superficie con arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento para la explotación de una estación de servicios cuyo objeto principal era la adquisición y reventa al público de combustible; obligándose la primera a comprar y vender en exclusiva el suministrado por la segunda. Los incumplimientos de *ESRM, S. L.* movieron a la suministradora a declarar resuelto el contrato existente entre ellas y a aplicar las cláusulas penales estipuladas en el mismo: una, por el propio incumplimiento de las obligaciones asumidas y, otra, por el retraso en el desalojo y devolución de la estación de servicio a su propietaria. La concesionaria explotadora de la estación *ESRM, S. L.* demandó a la otra parte pidiendo la declaración de nulidad de la relación contractual mantenida. *SE, S. A.* se opuso y formuló reconvencción pidiendo la declaración de quedar resuelto el contrato y el abono de las cantidades estipuladas en virtud de las cláusulas penales del contrato. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y estimó íntegramente la reconvencción. La Audiencia Provincial de Sevilla mantuvo en lo esencial el pronunciamiento de instancia, pero moduló la penalidad relativa a la demora en la devolución de la estación reduciendo sensiblemente su importe. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada-reconviniente. (L. A. G. D.)

**31. Exigibilidad de la pena moratoria: retraso de la entrega debido a defectos técnicos del proyecto. Modificación del proyecto para que la vivienda se adaptara a lo pactado.**—Los errores y deficiencias técnicas que han motivado el retraso son directamente imputables a las personas que estaban al servicio de la vendedora; en otras palabras, el retraso es imputable a una sociedad por la actuación de los técnicos a su servicio. Evitar la

indemnización por el retraso, sin que aparezca objetivamente un caso fortuito o una fuerza mayor, no tiene apoyo legal ninguno, tanto más cuanto las modificaciones que instaron los compradores venían motivadas por la ejecución no ajustada a lo proyectado inicialmente por parte precisamente de la vendedora.

**Indemnización de los daños ocasionados por la entrega de unas plazas de parking y trastero en una ubicación distinta a la pactada en el contrato.**— Es evidente el daño que le produce al comprador recibir las plazas de parking y trastero en el sótano cuando estaba pactado que se hallarían en la planta baja. El cambio de ubicación es objetivamente peor al pactado y el daño se manifiesta por la mayor facilidad de maniobra en la planta baja, la peor ventilación en la planta sótano, la mayor dilación en el tiempo de aparcamiento en el sótano que en la planta baja y, simplemente, es hecho notorio que las plantas de aparcamiento y los trasteros son de mayor precio cuanto más cerca del nivel de la calle se hallan. Este daño debe ser indemnizado. (STS de 11 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los compradores de una vivienda demandan a la vendedora, la constructora *NTC, S. L.*, exigiéndole la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, el cierre de unas ventanas abiertas indebidamente en la fachada principal y el resarcimiento de una serie de daños derivados del retraso en la entrega de la vivienda, de la disminución de cabida de las plazas de parking y trastero así como de su cambio de su ubicación respecto a lo pactado en el contrato. Los demandados reconviene solicitando la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvencción y estima parcialmente la demanda en lo relativo a elevación del contrato a escritura pública e indemnización por demora y por la reducción de cabida de las plazas de aparcamientos y trastero. La Audiencia revoca la condena de indemnización por demora. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (C. O. M.)

**32. Contratos. Validez *inter partes* del documento privado en el que se modifica lo pactado en escritura pública.**—No es de aplicación al caso lo establecido en el art. 1230 CC, pues lo que veda dicho precepto es que el documento privado en el que se altera lo pactado en escritura pública pueda producir efectos contra terceros que no hubieran intervenido en su otorgamiento; condición que no tienen, precisamente, los contratantes que, habiendo otorgado previamente escritura pública, luego proceden a modificar lo acordado en la misma mediante la conclusión de un acuerdo novatorio documentado privadamente. (STS de 19 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora interpuso demanda de reclamación de cantidad por falta de pago de parte del precio por la venta de un paquete de acciones a la demandada. Esta opuso que no se debía dicha cantidad puesto que a una primera compraventa de acciones siguió otra más, ambas instrumentadas en escritura pública con pocos días de diferencia. Pero un año después, en contrato privado

se modificó el contenido de aquellos acuerdos, mediante un negocio novatorio, con la conformidad de la vendedora. Durante el juicio la actora negó la existencia del documento pese a reconocer como suya la firma que constaba en el mismo. El Juzgado de Primera Instancia, estimó la demanda y condenó al pago de la cuantía solicitada. La Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandada y condenó al pago de una cantidad menor. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

**33. Contrato de cesión de créditos: características.**—La cesión de créditos, como negocio *inter vivos*, consensual y típicamente traslativo, se perfecciona por el acuerdo de voluntades de cedente —antiguo acreedor— y cesionario —nuevo acreedor—, sin necesidad de que preste su consentimiento el deudor cedido o, incluso, de que tenga conocimiento del cambio subjetivo operado en el lado activo de la relación de obligación, salvo a los fines previstos en el artículo 1527 del Código Civil.

**Contrato de cesión de créditos: eficacia.**—La cesión produce el efecto de una inmediata transmisión, a favor del cesionario, del crédito del cedente contra el deudor cedido. No es necesario para ello acto alguno complementario; en particular, un traspaso posesorio a modo que tradición, pese a estar el negocio regulado en el Código Civil en el título de la compraventa.

**Contrato de cesión de créditos: perfección.**—Perfeccionada la cesión por el consentimiento de cedente y cesionario, éste adquiere desde entonces la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía para aquel, la cesión legítima al cesionario para reclamar a los deudores el pago de lo debitado.

**Contrato de cesión de créditos: posición del deudor cedido.**—La doctrina tradicional al respecto considera que el deudor cedido no es parte del contrato de cesión de crédito, de modo que no se necesita su consentimiento para que quede perfeccionado. La jurisprudencia ha declarado que si el deudor cedido paga la deuda a su acreedor originario antes de haber tenido conocimiento de la cesión, queda libre de la obligación contraída y nada le puede reclamar el nuevo acreedor. (**STS de 3 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de *L. S. A.*, interpuso demanda contra la mercantil *A. S. A.* solicitando el reintegro a la masa de la quiebra de determinadas cantidades que había recibido la demandada durante el periodo de retroacción. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Benidorm desestimó la demanda. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso interpuesto por la sindicatura actora. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada (*N. D. L.*)

**34. Contrato de compraventa. Causa del contrato: Intrascendencia del móvil subjetivo, salvo que sea causalizado integrándose en la función objetiva del negocio jurídico.**—El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición (SSTS de 19 de noviembre de 1990, 4 de enero

de 1991, 28 de abril de 1993 y 11 de abril de 1994). Sin embargo, puede darse el caso que el móvil se incorpore a la causa (es el móvil causalizado) y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico. (STS de 21 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Mediante dos contratos de compraventa la entidad compradora, demandante, compra todas las acciones de una sociedad, demandada, con la intención de explotar un hotel. Resultó que el hotel tenía graves deficiencias estructurales y aluminosis. Por ello, la entidad actora demandó a los titulares de las acciones vendidas, interesando que se declarara que las ventas no se referían a las acciones, sino al propio hotel y, en consecuencia, se declarase que los vendedores habían incumplido el contrato, o subsidiariamente, *actio quanti minoris*, o subsidiariamente, ocultación en el balance del pasivo consistente en la necesidad de reparaciones. El juzgado desestimó la demanda por entender que el objeto de las ventas eran las acciones y que la sociedad compradora pudo conocer, durante el año que duraron las negociaciones, el estado del inmueble. La audiencia revocó el fallo de primera instancia y, al considerar el móvil causalizado, declaró que las ventas tuvieron por objeto la adquisición del hotel, por lo que acogió el incumplimiento de las ventas por las graves deficiencias estructurales. El TS casa esta sentencia y confirma la del juzgado. (I. D.—L.)

**35. Resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio.**—La base esencial para la aplicación del artículo 1504 CC es el incumplimiento de la obligación por parte del comprador. La jurisprudencia había exigido, dando un sentido subjetivo, una «voluntad deliberadamente rebelde frente al cumplimiento de la obligación» o un «propósito deliberado de incumplir», pero abandonó esta línea y pasó a exigir, con un sentido objetivo, el «incumplimiento inequívoco y objetivo» (STS de 24 de febrero de 1990), «frustración de las legítimas aspiraciones de los contratantes y del fin del contrato» (SSTS de 2 de julio de 1992 y 24 de febrero de 1993), «es suficiente que se frustre el fin del contrato» (SSTS de 30 de julio de 1997 y 11 marzo de 2002), «frustrando así el fin específico perseguido por las partes al contratar» (STS de 3 de abril de 2000), «hecho objetivo del incumplimiento no justificado» (SSTS de 15 de julio de 2003 y 18 de octubre de 2004), conceptos que recogen y reiteran las SSTS de 2 de febrero y 9 de marzo de 2005. Producido el incumplimiento y practicado el requerimiento resolutorio, «éste produce efectos resolutivos *ipso iure*, por lo que sólo habrá de acudir a la vía judicial cuando el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo» (STS de 7 de noviembre de 1997), matizando la de 29 de abril de 1998 que la resolución contractual *ex* artículo 1504 CC no tiene carácter bilateral o judicial, sino unilateral, produce sus efectos sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte, si bien, caso de que ésta no la admita, serán los Tribunales los que declaren que está bien o mal hecha, pero sin que hasta la sentencia deje de producir sus efectos. El vendedor recupera desde luego la plenitud de facultades sobre lo vendido, y si transmite a tercero, éste puede quedar afectado, en su caso, por el fallo de los Tribunales salvo que esté protegido por los efectos de la buena fe.

Los efectos resolutorios se producen «*ex tunc*», por lo que una vez resuelto el derecho, quedan igualmente resueltos los derechos que sobre aquél se hubieran podido constituir, con la excepción de la protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe y a los terceros amparados por la fe pública registral, que no impide que se produzca la resolución del contrato sino que limita el alcance restitutorio de la misma, dado que aquel precepto sólo trata de proteger los derechos de terceros adquirentes; en tal caso la obligación de restitución se transforma en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al vendedor, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1295 CC (STS de 24 de julio de 1999).

La parte que puede exigir la resolución es únicamente la que ha cumplido su obligación o está dispuesto a cumplirla, es decir, el sujeto «cumplidor», y no puede pretender la resolución si no ha cumplido su recíproca obligación (SSTS de 20 de junio de 1990, 15 de julio y 25 de noviembre de 1991, 30 de noviembre de 1992, 15 de julio de 1999, 29 de enero de 2000 y 14 de marzo de 2003). Si el vendedor no cumple y no va a cumplir, pues no puede entregar la cosa vendida en su integridad por una ocupación de tercero, no puede exigir la resolución a la otra parte.

**Liquidez de la deuda.**—La jurisprudencia había mantenido, un tanto exageradamente, el principio de *iliquidis non fit mora*, pero cambió hace más de una década (SSTS de 2 de abril de 1997 y otras del mismo año, hasta la de 3 de diciembre de 2001), y la reciente de 9 de febrero de 2007 afirma que la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero (la STS de 5 de marzo de 1992 calificó 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 destacó que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar el 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), así como a la existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas, a la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa (que fue 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 SSTS de 20 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2006). (STS de 19 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 2 de febrero de 2001, la Mutualidad M., como vendedora, y la Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por N., S. A. y P., S. A., como compradora, celebraron un contrato de compraventa de tres inmuebles, de cuyo precio se abonó una parte y el resto se pagaría al tiempo de otorgar escritura pública, fijada

para el día 28 de diciembre siguiente, en que la UTE compradora pagaría además una cantidad en concepto de intereses al 7,5% a no ser que se otorgara anteriormente, pactándose también cláusula penal de perder la UTE compradora las cantidades abonadas, si no pagaba el resto del precio. El 30 de noviembre, la Mutualidad vendedora requirió a la UTE compradora para el otorgamiento de escritura pública, acompañando minuta de la misma. El 28 de diciembre, la UTE compradora remitió a la Mutualidad vendedora burofax en el que le comunicaba que no comparecería en la notaría al comprobar que se había producido una ocupación parcial de uno de los inmuebles, y la requería para «previo saneamiento de todos y cada uno de los incumplimientos referidos» y se fijara nueva fecha para el otorgamiento de la escritura, por lo que en la fecha prevista para otorgar la escritura de compraventa no se presentó la UTE ni pagó el precio. El 31 de diciembre, la Mutualidad vendedora notificó a la UTE compradora la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal. El 26 de marzo de 2002, la Mutualidad celebró nuevo contrato de compraventa de las mismas fincas con *C., S. L.* como compradora, por un precio notablemente superior; contrato que se dejó sin efecto por mutuo disenso; y el 19 de noviembre de 2002 otro en que la compradora es *G., S. L.*

Al año siguiente, 2003, la UTE demandó a la Mutualidad, solicitando la resolución del contrato de compraventa de 2 de febrero de 2001 y la devolución de la cantidad entregada con los intereses del 7,5% desde aquella fecha (o subsidiariamente, al interés legal), y una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La sentencia fue apelada por la UTE demandante y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, y, declarando la resolución del contrato, ordenó la devolución a la UTE de la cantidad que había abonado a la firma de aquel contrato, con los intereses al 7,5%, y condenó a la Mutualidad a indemnizarle en un millón de euros. Contra esa sentencia, la Mutualidad recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

**36. Contrato de permuta.**—En el negocio jurídico de entrega de solar a cambio de obra futura la parte contratante que entrega la parcela, generalmente en una posición más débil frente a los eventuales incumplimientos del constructor, se protege en los propios contratos por diversas vías: la principal la conservación de la propiedad de la parcela y, además, la facultad de elección de los propietarios de la parcela, antes de su entrega con efectos traslativos o tradición, de recibir a cambio dinero o parte de la edificación [STS de 27 de abril de 2009 (PROV 2009, 218145)].

La permuta y la compraventa se consideran por el Código Civil como contratos tan próximos entre sí que su art. 1541 CC prevé la aplicación de las disposiciones concernientes a la venta en todo lo no determinado por los artículos que regulan la permuta (**STS de 3 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 22 de enero de 1990 se celebra un contrato que fue modificado por otro de 11 de abril de 1992, ambos plasmados por escrito en documento privado. Aunque ambos contratos fueron denominados de «compraventa», lo cierto es que tanto en uno como en otro se facultaba a una de las partes contratantes, dueña de una parcela que la ponía a disposición de la otra, para que ésta edificara sobre la misma hasta un máximo de veinticuatro chalés adosados, dando a la otra parte la posibilidad de optar entre recibir a cambio dinero, 50 millones de ptas., o seis de los chalés totalmente terminados.

La parte vendedora, titular de esa posibilidad de elección, interpuso demanda el 17 de febrero de 2003 para que se declarase ajustada a derecho la resolución de ambos contratos, ya que la parte compradora se había limitado a ejecutar algunas obras de excavación y a iniciar la cimentación de un solo chalé, sin que cupiera ya esperar el cumplimiento del contrato porque la compradora, una sociedad limitada, carecía de actividad y, además, la licencia para la obra había caducado.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y su fallo fue confirmado por la sentencia de apelación que desestimó el recurso interpuesto.

NOTA.—En este caso el Tribunal Supremo entendió que se pactó una clara obligación de la parte compradora de construir sobre la parcela antes de que la parte vendedora manifestase su opción por la entrega de dinero o la entrega de seis de los chalés construidos, como con acierto interpretaron las sentencias de ambas instancias, de forma que, desde la perspectiva del art. 1274 CC, los dos contratos litigiosos integran un negocio jurídico oneroso en el que la edificación de la parcela era causa negocial como contraprestación que en su día había de completarse mediante la entrega de 50 millones de ptas. o de seis chalés.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido desde hace tiempo dada su habitualidad este negocio jurídico atípico de puesta de disposición de solar a cambio de obra futura o dinero, a elección del propietario del solar, garantizado mediante la conservación por éste de la propiedad, la fijación de unos plazos para obtener licencia de obras y la propia facultad de elección, garantía en sí misma frente a retrasos o mala ejecución de los chalés. (*M. C. L. J.*)

**37. Permuta. Adquisición de la propiedad. Sistema del título y modo.**—El art. 609 CC exige para la adquisición de la propiedad, el título y el modo, es decir, la causa de la transmisión, el título, y la entrega. Por ello, el art. 1095 CC dirá que el acreedor «*[n]o adquirirá derecho real*» sobre la cosa «*hasta que le haya sido entregada*». Y si bien es cierto que algunas veces el traspaso posesorio por sí solo no tiene el efecto de transmitir la propiedad, sin traspaso posesorio no existe transmisión, aunque haya título.

Para que se produzca la adquisición de la propiedad, el Código civil admite algunos sistemas no materiales de traspaso posesorio, tal como se establece en los arts. 438 y 1462, 163 y 1464 CC, de modo que lo que debe cumplirse es la exigencia del art. 1462 CC de que la cosa «*se ponga en poder y posesión del comprador*», regla coincidente con la del art. 438 CC, que

admite que se ha adquirido la posesión cuando la cosa o derecho queden sometidos a la acción de la voluntad de quien adquiere la posesión.

Este esquema inicial debe completarse con otro elemento: deben coincidir la voluntad de quien entrega y la de quien recibe, de modo que el efecto traslativo de la entrega solamente tiene lugar cuando ambas concuerdan. Aunque no sea necesaria una declaración especial del adquirente para conseguir la propiedad, lo que sí resulta cierto es que cuando hay una negativa expresa a aceptar lo que el *tradens* le ofrece, no se va a producir la adquisición (STS de 13 de noviembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D.<sup>a</sup> Ana acordó con los hermanos Andrés, Jaime y Fernando la cesión de la parte de una finca, adquirida en copropiedad por herencia, a cambio del 23% de las viviendas que iban a construir los promotores. El contrato se otorgó en documento privado el 10 de febrero de 1969, acordándose que se otorgaría la escritura pública cuando las viviendas estuviesen en condiciones de ser entregadas. El 15 de noviembre de 1971, el hermano de D.<sup>a</sup> Ana, D. Luis otorgó otro contrato de similares características con los mismos promotores, a cambio del 27% de las viviendas construidas en relación a su cuota en el terreno en copropiedad con D.<sup>a</sup> Ana. Las viviendas construidas en las dos parcelas fueron 118. De acuerdo con los porcentajes establecidos en los respectivos contratos, correspondía repartir a los diferentes vendedores un total de 30 viviendas: a D.<sup>a</sup> Ana correspondían 14 viviendas, de las que se le entregaron 7, y a su hermano D. Luis, 16. En la realidad, y habiendo ya fallecido sus titulares, los herederos de D. Luis recibieron 23 pisos y los de D.<sup>a</sup> Ana, 7, faltando otros tantos por recibir. El 19 diciembre 1974, D. Luis y D.<sup>a</sup> Ana otorgaron a favor de los hermanos Andrés, Jaime y Fernando una escritura por la que los hermanos Ana y Luis vendían dicha finca a *Hermanos A., S. A.* Debido a una serie de desavenencias en la ejecución del contrato, D. Desiderio intentó en 1982 un acto de conciliación con los herederos de D.<sup>a</sup> Ana, sobre cumplimiento de obligaciones y ofreció la entrega de las llaves de los 7 pisos que aun faltaba por adjudicar. La parte demandada se opuso al acto de conciliación. Los herederos de D.<sup>a</sup> Ana interpusieron demanda sobre acción declarativa de dominio. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. *Hermanos A.* interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada.

NOTA.—Aplicando la teoría del título y del modo al supuesto en cuestión, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones en este caso: 1.<sup>a</sup> La cesión de solar a cambio de unos pisos o locales en los inmuebles a edificar se realizó en documento privado; este contrato constituye el título para la adquisición de la propiedad de los pisos, físicamente inexistentes en el momento del otorgamiento del contrato. 2.<sup>a</sup> Los constructores entregaron a los herederos de D.<sup>a</sup> Ana siete de los catorce pisos que les correspondían, de acuerdo con los porcentajes pactados en el contrato privado. Sobre estos pisos los herederos de D.<sup>a</sup> Ana adquirieron la propiedad. 3.<sup>a</sup> Los constructores ofrecieron en el acto de conciliación celebrado en 1982, las llaves de los siete pisos restantes, que fueron

rechazadas. Para el Alto Tribunal, no puede deducirse de estos hechos que se hubiera producido una entrega traslativa y que, en consecuencia los herederos de D.<sup>a</sup> Ana hubiesen adquirido la propiedad, porque rechazaron la oferta hecha. En consecuencia, los herederos de D.<sup>a</sup> Ana tenían el título a su favor, el contrato de permuta de solar por obra nueva, pero carecían de modo, al no haberse efectuado la tradición, ya que rechazaron la entrega de las llaves. Como consecuencia de todo ello los herederos de D.<sup>a</sup> Ana no adquirieron nunca la propiedad de los siete pisos que reclamaban. Por ello, no podían ejercitar ninguna acción declarativa de dominio, porque ésta tiene como finalidad la declaración de que el demandante es el propietario de la cosa frente a quien le discute este derecho o se lo atribuye [SSTS de 14 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2046), 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6277), 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1166) y 2 de julio de 2009 (PROV 2009, 327931) y según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se exigen para ella los mismos requisitos que la acción reivindicatoria, es decir, según la sentencia de 14 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2046), la presentación de un título que acredite la adquisición de la propiedad de la cosa y la perfecta identificación de la misma, aunque no es necesario que el demandado esté poseyéndola (asimismo, SSTS de 23 marzo 2001 (RJ 2001, 4759)]. En definitiva, para el Tribunal Supremo en esta sentencia no se cumplían los requisitos de la acción declarativa, al no haber adquirido los demandantes la propiedad de los pisos que se reclaman. El Alto Tribunal reconoce que es posible que los demandantes tuvieran la intención de interponer una acción por incumplimiento de contrato, más ajustada a la finalidad perseguida para exigir el cumplimiento de lo pactado, pero ejercitaron una acción real. Sin embargo, los Tribunales no pueden alterar las peticiones de las partes, que serán estimadas o no de acuerdo con la correcta aplicación de las reglas jurídicas que regulen la situación de hecho. (M. C. L. J.)

**38. Contrato de permuta sobre obra futura. Determinación del objeto del contrato.**—La STS de 23 de febrero de 2007 considera el concepto de determinabilidad en estos términos: el artículo 1271, párrafo primero, CC admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura; no importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, la cual se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia (artículos 1273, 1445, 1447 CC). La falta de determinación deja el contrato al arbitrio de cada uno de los contratantes, por lo que afecta al principio de la «*necessitas*» que es esencia de la obligación. El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay identificabilidad, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación. La jurisprudencia admite que es suficiente la «determinabilidad», situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero sí cabe la

determinación posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación. Para ello es preciso que el contrato contenga en sus disposiciones previsiones, criterios o pautas que permitan la determinación (entre otras, SSTS de 12 de abril de 1971, 16 de octubre de 1982, 9 de enero de 1995, 10 de octubre de 1997, 3 de marzo de 2000, 8 de marzo de 2002, 25 de abril de 2003 y 12 de noviembre de 2004). Cuando se trata de una cosa genérica —cosa determinada por su género (STS de 21 de octubre de 2003)—, cuya calidad y circunstancias no se hubieran expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (artículo 1167 CC). Se trata de un supuesto de relativa indeterminación del objeto que no es obstáculo para la existencia del contrato (SSTS de 21 de octubre 1992 y 16 de marzo de 1998).

**Cláusula *rebus sic stantibus*.**—La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula *rebus sic stantibus*, que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que se ha de haber producido por un riesgo imprevisible, y, por último, la subsidiariedad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación y revisión. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, desde las SSTS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 17 de mayo de 1957, recogidas, entre otras muchas posteriores, por la de 17 de noviembre de 2000 y la de 1 de marzo de 2007. (**STS de 20 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Don Belarmino y su esposa por una parte, y don Héctor y don Sabino (que cedió el contrato a V, S. A.) por otra, realizaron en 1976 un contrato de permuta de cosa futura. Los primeros eran propietarios de unos terrenos, y don Belarmino se obligaba a redactar el correspondiente plan parcial para la conversión de los terrenos en solares edificables, y una vez convertidos los recibirían don Héctor y don Sabino y construirían un edificio en el que entregarían a aquéllos el 11,50% de viviendas y locales. El plan parcial se aprobó con mucho retraso, en 2001, y el contrato quedó sin cumplirse.

Doña Fátima, doña Rosario, don Benjamín, doña Carmen y doña Mariana, como causahabientes del indicado matrimonio propietario de los terrenos, interpusieron demanda de juicio ordinario contra don Héctor, herencia yacente o herederos de don Sabino y V, S. A., en la que solicitaba la declaración de inexistencia de derecho alguno en relación con el contrato o la nulidad del mismo; es decir, la declaración de que están absolutamente liberados de toda obligación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, haciendo constar explícitamente la eficacia del contrato. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, aquéllos recurrieron por infracción procesal y en casación, siendo desestimados ambos recursos por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (*F. J. J. M.*)

**39. Donación de inmueble bajo condición: Cumplimiento: Donación de fundación a fundación.**—En la donación de un inmueble, vendido luego por importe de 534 millones de las antiguas pts. se establece que la donataria no podrá enajenar por ningún título el inmueble referido mientras viva la persona que comparece en nombre de la fundación donante en calidad de administrador mancomunado, salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo. Pero de los hechos probados en la sentencia recurrida se infiere que la persona a cuya autorización se vinculaba la facultad de enajenar el inmueble intervino activamente en la enajenación del mismo, que tuvo lugar mediante subasta y adjudicación al mejor postor, ya que actuó como enlace de la fundación donataria para su preparación, permitió que se iniciaran las negociaciones para la compraventa, actuó como destinatario de posturas en la subasta organizada y se involucró en el procedimiento de enajenación, de donde cabe presuponer que prestó su consentimiento a la enajenación efectuada a quien efectuase la mejor oferta. En suma, la entidad donataria cumplió la limitación impuesta en el título cuya inscripción se había omitido en el asiento registral.

**Responsabilidad del Registrador que omite en la inscripción la prohibición de enajenar la donataria: Nexo de causalidad:** El art. 296 LH establece la responsabilidad civil de los Registradores de la propiedad de los daños y perjuicios que ocasionen por la falta de inscripción de los títulos, por error o inexactitud cometido en los asientos, por falta de cancelación o cancelación indebida y por error u omisión en las certificaciones. Con carácter general el art. 300 párr. 1.º LH dispone asimismo que el que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir del mismo Registrador lo que hubiere perdido. La jurisprudencia interpreta estos preceptos con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del art. 1902 CC, examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés protegido por el Derecho, de culpa o negligencia del agente, y de un nexo de causalidad entre la conducta de éste y el daño producido que permita su imputación (SSTS de 15 de marzo y 18 de mayo 2006, entre otras). En el presente caso no se aprecia la existencia del nexo de causalidad entre el daño que puede haber sufrido el demandante y la omisión en el asiento registral de la cláusula en que se contenía la limitación de la disposición del bien donado, pues la persona designada para ello prestó el consentimiento para su enajenación en la forma en que fue llevada a cabo, siendo innecesario examinar la cuestión relativa a la procedencia o no de inscribir la cláusula controvertida, sobre la que ha versado gran parte de la controversia procesal (**STS de 2 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Caso interesante por estar involucradas en el mismo dos Fundaciones que persiguen similares objetivos, así como por la notable valoración que alcanzó la finca donada al ser enajenada por 534 millones de antiguas pts equivalente a 3.209.404,64 euros. Ninguna duda de la capacidad de las fundaciones para donar, siendo el negocio jurídico que habitualmente realizan en el tráfico; ni de la validez de una donación condicional en general, en virtud de la remisión del art. 621 CC. En ambas instancias se entiende cumplida la condición impuesta a la Fundación donataria, de aprobación del acto dispositivo que la Fundación donante

especificó que fuera expresa y previa al acto dispositivo. Creo que, además, se hubiera podido invocar por la demandada la doctrina de los actos propios o, en último caso, la manifestación del consentimiento a través de actos concluyentes (que también son expresos). Creo defendible la opinión de tratarse de una prohibición de enajenar inscribible en el RP (conforme al art. 26-3.<sup>a</sup> LH), si bien en el caso parece que los interesados no recurrieron de la calificación negativa del Registrador, aunque se trate de una cuestión, en realidad, ajena al debate como dice la sentencia anotada. *Vide* últimamente, sobre el tema en general, Cano Martínez de Velasco, *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro* (Madrid 2006). (G. G. C.)

**40. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964 y al RDL 2/1985, sobre exclusión del régimen legal de prórroga forzosa del artículo 57. Para que el sistema de prórroga forzosa rija en el contrato es necesario que así se haga constar por acuerdo expreso.**—Nada impide que, si las partes lo acuerdan, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del RDL 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el art. 57 LAU de 1964. Pero en tal caso es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, ya que en caso contrario hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. La existencia de tal acuerdo puede inferirse de modo implícito —que no tácito— de los propios términos del contrato. Pero, en estos casos, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante. No concurre este efecto cuando la cláusula es dudosa y permite justificar tanto la inclusión como la exclusión de la prórroga forzosa. La oscuridad de la estipulación impide, a partir de la vigencia del RDL 2/1985, entender que el contrato está sometido al régimen legal de prórroga forzosa. (STS de 29 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr D. Román García Varela.]

HECHOS.—En 1991 se concertó un contrato de arrendamiento de local de negocio entre *DIGG, S. L.* —como arrendadora— y don Santiago —como arrendatario—, sometido a la LAU de 1964 y acogido al RDL 2/1985, de exclusión de la prórroga forzosa. En el contrato se preveía, no obstante la aplicación del mencionado Real Decreto-ley, que a la extinción del plazo pactado podían celebrarse nuevas prórrogas trianuales. Prorrogado tácitamente en dos ocasiones, la arrendadora requirió al inquilino para manifestarle su voluntad de no continuar con el contrato. El arrendatario demandó la declaración de estar sujeto el arrendamiento al régimen de prórroga forzosa. La arrendadora se opuso y reconvino la declaración de haber quedado resuelto. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona dieron la razón al actor arrendatario. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la arrendadora. (L. A. P. M.)

**41. Segunda enervación del desahucio.**—Queda excluida terminantemente por el párrafo segundo del apdo. 4 del art. 22 LEC de 2000 la posibilidad de una segunda enervación del desahucio. El pago de la renta del arren-

damiento de un local de negocio, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la aplicabilidad de la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

**Resolución del contrato por el arrendador. Abuso de derecho.**—Al arrendador no le es indiferente el momento en que se le pague la renta estipulada, y el abuso de derecho estará no tanto en el arrendador que pretenda resolver el contrato por impago puntual de la renta cuanto en el arrendatario que persista en su impuntualidad. Por eso la enervación del desahucio no puede entenderse ya como un «derecho procesal» que menoscabe el derecho sustantivo del arrendador a que se le pague la renta puntualmente, sino como una oportunidad que la propia ley administra cuidadosamente atendiendo a razones sociales de cada momento histórico, y de ahí que no quepa obligar al arrendador a interponer una demanda tras otra cuando resulta que no depende de él el momento en que sus reclamaciones vayan a ser conocidas por el inquilino y, en cambio, sí depende de éste el pago puntual de la renta (STS de 26 de marzo de 2009). (**Sentencia de 30 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 10 de abril de 1985, D. Agustín (arrendatario) suscribió con D. Antonio (arrendador) un contrato de arrendamiento sobre local de negocio siendo la renta correspondiente para el año 2002 la de 48.984,24 euros anuales, IVA incluido (4.082,02 euros al mes), que debía ser satisfecha por meses adelantados. Según la cláusula segunda, incluida en las condiciones del contrato, al dorso, «el atraso de quince días en el pago de alquileres se estima como causa suficiente para incoar el desahucio».

El 5 de julio de 1998, el Juzgado en proceso de desahucio seguido entre las mismas partes, dictó sentencia declarando enervada la acción. El 2 de julio de 2002 la arrendadora presentó demanda de reclamación de rentas y de desahucio por falta de pago frente al arrendatario, por adeudar la renta correspondiente al mes de junio de ese mismo año. En la demanda se indicaba que no cabía ya enervar la acción por haberse hecho en otra ocasión anterior, aunque el Juzgado no lo mencionó en el auto de 30 de julio. El 9 de septiembre el arrendador advirtió al Juzgado que la renta ya había sido satisfecha, por lo que solicitaba se siguiera el juicio sólo para resolver sobre el desahucio, lo que así se acordó por providencia de 15 de octubre de 2002, aunque indicándose que podía enervarse la renta pese a que la demanda indicaba lo contrario, celebrándose la vista el 25 de febrero de 2003, y acreditándose que el importe de la deuda arrendaticia había sido remitido a la arrendadora por giro urgente el 10 de julio de 2002. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por el arrendador. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó.

NOTA.—La controversia gira en torno a si, en un proceso de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas, promovido después de otro en el que ya se había declarado enervada la acción conforme al párrafo primero del apdo. 4 del art. 22 LEC de 2000 procede o no decretar el desahucio a pesar de que el demandado pague o consigne la renta debida sólo con unos días de retraso

respecto del plazo estipulado en el contrato y antes de haber sido citado para la vista del juicio verbal. La sentencia dictada por la Audiencia, confirmatoria de la dictada en primer grado, sigue el criterio de considerar el mero retraso como un verdadero incumplimiento por lo que estima la demanda y la acción de desahucio en ella ejercitada. La Audiencia valora la conducta de la parte arrendataria de no pagar en el plazo contractualmente estipulado como un auténtico incumplimiento resolutorio y no como simple retraso o cumplimiento tardío, y ello por cuanto el contrato señalaba con claridad que la renta debía abonarse por meses anticipados y que el mero atraso de quince días en el pago era causa suficiente para incoar el desahucio.

La sentencia anotada sigue la doctrina de las SSTs de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4625) y 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1750) (en este caso, como en los analizados por estas sentencias, había mediado una anterior enervación de la acción y se había impagado la renta que se abonó después de interpuesta la demanda) y considera la existencia de un verdadero incumplimiento resolutorio, referidas al rigor de la obligación de pagar la renta según el art. 114.1.ª LAU de 1964, —que hace que el impago de una sola mensualidad se contemple como causa de resolución del contrato y no como mero retraso en el cumplimiento—, y sobre la inexistencia de abuso de derecho por parte del arrendador que, en caso de impago, ejercita la acción de desahucio (*M. C. L. J.*)

**42. Cesión del contrato de arrendamiento de vivienda. Legislación aplicable.**—El artículo 115.5.ª de la LAU de 1964 autorizaba al arrendador a resolver el contrato de arrendamiento urbano, sea de vivienda o de local, de negocio, por «*La cesión de vivienda o el traspaso de local de negocio realizado de modo distinto del autorizado en el cap. IV de esta ley*», entre cuyos requisitos está el consentimiento del arrendador como esencial para la eficacia jurídica del negocio de cesión. La norma es similar al artículo 8 de la LAU de 1994, que supedita la validez de la cesión al consentimiento del arrendador, con la diferencia de que el consentimiento tiene que ser escrito, sin lo cual se confiere al arrendador la facultad de promover la resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento, al amparo del artículo 27.2 c), que contempla como causa de resolución la cesión inconstituida.

**Resolución del contrato de arrendamiento por cesión inconstituida.**—No se considera como causa resolutoria del contrato de arrendamiento por cesión de una vivienda la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real. (**STS de 16 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijás Quintana.]

**HECHOS.**—La parte arrendadora interesó la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda, que había celebrado con el arrendatario en el año 1996, al considerar que concurrían dos causas de resolución atendido el contenido del artículo 114 de la LAU: 1.ª cesión de vivienda no consentida por el propietario en cuanto el hijo del arrendatario, junto con tres personas ajenas a la familia, había constituido la sociedad A.C. SL, fijando su domicilio social en la vivienda arrendada y 2.ª transformación de la vivienda en

local de negocio por cuanto en la vivienda se venía desarrollando una actividad mercantil.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca declarando resuelto el contrato de arrendamiento y condenando al arrendatario a desalojar la vivienda.

NOTA.—El caso resuelto por la sentencia anotada se dirige a dirimir la controversia y fijar como doctrina si es o no necesario para estimar la causa resolutoria que se produzca la ocupación y posesión del bien arrendado, una ocupación material o física de la finca arrendada, o si, por el contrario, aquella alcanza a la meramente jurídica que, sin implicar una inmediata relación material, produce el consiguiente reproche jurídico para el cesionario, bastando por tanto la mera presunción de introducción de un tercero, como la designación domiciliaria, aunque esta sea meramente nominativa, y sin otra actividad reconocida jurídicamente valorable.

Para el Tribunal Supremo, al igual que para el Juzgado de Primera Instancia, existe jurisprudencia contradictoria y consideran que para resolver el contrato por cesión incontestada, conforme al artículo 114.2 y 5 de la LAU de 1964, debía acreditarse una domiciliación social acompañada de una ocupación real de la finca, o lo que es lo mismo, un uso efectivo, lo que no concurría en el caso enjuiciado en la medida en que se había acreditado que la sociedad desarrollaba su actividad didáctica en la localidad de Cartagena y que la vivienda litigiosa no se había transformado en local de negocio constituyendo el domicilio del demandado y su esposa. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revoca la del Juzgado declarando resuelto el contrato de arrendamiento y condenando al demandado a desalojar la vivienda.

En esta materia existe jurisprudencia contradictoria, como sentencias que mantienen el criterio de que no es necesaria una ocupación efectiva de la vivienda para apreciar la causa de resolución: *vid.* SSTs de 3 de julio de 1956; 18 y 21 de enero, 8 y 19 de junio, 2 de julio de 1957; 31 de junio de 1961; 28 de febrero de 1986 (RJ 1986, 864); 6 de abril de 1987 (RJ 1987, 2491); 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 141) y 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9892). Esta corriente jurisprudencial entiende que la cesión es independiente de la ocupación material del inmueble, de tal forma que basta con la domiciliación de una persona jurídica distinta de la arrendataria en el inmueble arrendado, sin necesidad de uso efectivo u ocupación de la vivienda, para apreciar la causa de resolución por cuanto se trata de una figura que se caracteriza por el goce o uso del objeto arrendado en cualquiera de las formas que sea susceptible. El hecho de establecer una sociedad en la escritura constitutiva su domicilio social en el local arrendado, con su correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, se considera suficiente.

La postura contraria, parte de la consideración de que resulta necesaria la ocupación efectiva de la vivienda por un tercero para apreciar una cesión no consentida por lo que de no existir aquella, no procede la resolución del contrato: *vid.* SSTs de 7 de enero de 1954; 10 y 19 de febrero, 7 de abril, 10 de junio de 1958; 17 de

febrero y 7 de octubre de 1958; 18 de abril y 15 de octubre de 1960; 13 de enero de 1962; 26 de febrero, 7 de abril y 23 de junio de 1965; 17 de mayo y 5 de julio de 1967; 30 de abril, 2 y 19 de junio, 10, 24 y 29 de noviembre de 1969; 14 de marzo de 1970; 4 y 12 de noviembre de 1971; 29 de febrero de 1972 y 13 de enero y 14 de junio de 1974; 6 de abril (RJ 1987, 2491) y 8 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3388); 16 de marzo (RJ 1988, 1971) y 20 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4320); 5 de abril de 1989 (RJ 1989, 2993); 10 (RJ 1993, 9892) y 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10091); 2 de junio de 1994 (RJ 1994, 4572); 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5546) y 20 de enero (RJ 1997, 116). (M. C. L. J.)

**43. Acción de retracto. *Dies a quo*.**—El art. 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR) de 1980 impone claramente como *dies a quo* para ejercitar la acción de retracto la notificación al arrendatario que exige el artículo 87 de la misma ley y si el arrendador no cumple el deber que le impone la ley, el plazo es de sesenta días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

La buena fe precontractual exige que el arrendador que enajena la finca informe puntualmente al arrendatario de su propósito de enajenar y no puede pensarse que el incumplimiento de tal deber le resulte beneficioso. No pueden las partes que realizaron la transmisión de la finca y que no cumplieron el deber que impone el artículo 87 de la LAR de 1980, faltando así a la buena fe precontractual, pretender aprovecharse y beneficiarse de ello y buscando una interpretación que les es favorable de la norma, burlar el derecho de retracto que la ley reconoce al arrendatario, como expresión de la función social del derecho de propiedad. En el retracto arrendaticio rústico, la inscripción en el Registro de la Propiedad no supone el conocimiento cabal, preciso y exacto, ni es presunción *iuris et de iure* del mismo, que constituya el *dies a quo* del plazo de caducidad que impone la ley.

**Diferencia entre artículo 1524 CC y artículo 88 LAR de 1980. *Dies a quo*.**—El plazo de ejercicio de la acción del retracto de comuneros se halla previsto en el artículo 1524 del CC que dispone expresamente que el *dies a quo* es la inscripción en el Registro de la Propiedad y sólo, en su defecto, el conocimiento por el retrayente y respecto al mismo. Es lo contrario al artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que exige la notificación de la transmisión y, en su defecto, el conocimiento. (STS de 14 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Los arrendatarios de una finca rústica interponen demanda de retracto frente a los adquirentes de la misma y frente a su arrendador en la que solicitan que se declare resuelta la transmisión efectuada de un predio, se les reconozca el derecho a subrogarse en la posición del adquirente y se condene al arrendador a otorgar escritura de compraventa a favor de los arrendatarios y a entregarles la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la caducidad alegada por los adquirentes frente a los arrendatarios y desestimó la demanda de retracto. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—Pese a que el arrendador no realizó la notificación, el Juzgado de Primera Instancia apreció la caducidad al entender cumplimentado el conocimiento de la transmisión por la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de compraventa ya que, según afirma literalmente, «la inscripción de la misma en el Registro aludido supone una presunción *iuris et de iure* de posibilidad de conocimiento por parte del retrayente, con lo que el plazo ha de contarse desde el día siguiente a realizarse la inscripción».

No obstante apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y entendió que «no es de aplicación la presunción de conocimiento establecida para los asientos del Registro de la Propiedad y tampoco es suficiente cualquier tipo de conocimiento», sino que, recogiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo destacó que se exige que «el retrayente no sólo tenga conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes, sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales». Por lo cual, declaró que se había formulado en el plazo legal la acción de retracto.

La jurisprudencia ha reiterado que este conocimiento de la transmisión debe haberse producido «*con los detalles precisos y exactos de la misma*», [(*vid.* entre otras, STS de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2083) que cita numerosas anteriores), y «exigen que el retrayente no sólo tenga conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes, sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales» [SSTS de 6 de febrero de 1992 (RJ 1992, 834) y 25 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3382)]. (*M. C. L. J.*)

**44. Contrato de obra. Acción directa. Reclamación de un segundo subcontratista contra el contratista. La entrega de pagarés o letras de cambio no equivale al pago a efectos de liberar al dueño de la obra frente a la reclamación del subcontratista, ni al contratista frente a la reclamación del segundo subcontratista.**—En relación con la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, la entrega de letras por el deudor no equivale al pago según el artículo 1170 CC, y el artículo 1597 del mismo Código sólo libera de responsabilidad al comitente cuando no deba nada al contratista al hacer éste la reclamación contra el primero; la aceptación de las letras no extinguió la obligación de pago, hasta el momento de que, vencidas, fuesen satisfechas. Ciertamente que el aceptante corre el riesgo de pagar dos veces (al tercero que acciona alegando el artículo 1597 y al tenedor de la cambial), pero tal riesgo, aparte de que se debe a una conducta personal y voluntaria del aceptante y de nadie más, se corrige con la acción de enriquecimiento injusto que después del pago puede ejercitar contra el contratista (STS de 11 de diciembre de 1992). Se plantea si al hacerse la reclamación por el subcontratista al comitente de lo que le adeuda al contratista, dicho comitente es deudor de este último, pese a que le haya aceptado una letra de cambio con anterioridad, que paga después de la reclamación, y la contestación debe ser la de que la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra. Es claro en

este sentido el artículo 1170, párrafo 2.º, CC, al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa de acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago. Este mismo criterio de la no oponibilidad al subcontratista que reclama del comitente con fundamento en el artículo 1597 CC la obligación de pago de cambiales que le había aceptado antes al contratista para pago de la obra, lo mantuvo la STS de 11 de diciembre de 1992 (STS de 28 de enero de 1998). No obstante, aunque pueda pactarse que la entrega de unos pagarés equivalga al pago y extinga la obligación, tal pacto no menoscaba la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, por ser aquella ajena al mismo y serle aplicable, por tanto, el régimen legal del artículo 1170 CC, cuya naturaleza meramente dispositiva sólo podía invocarse frente a ésta si hubiera sido parte en el contrato celebrado entre el comitente y el contratista (STS de 11 de junio de 1928).

En cambio, si un subcontratista descontara las letras de cambio recibidas del contratista y así cobra su crédito, no será acreedor del contratista, razonamiento que debe entenderse igualmente poniendo al subcontratista en el lugar del contratista y a éste en el del comitente, cuando la reclamación se dirija contra el contratista por otro subcontratista que ocupe un lugar posterior en la cadena de subcontratas (STS de 10 de marzo de 2005).

**No equivalencia al pago de la entrega de pagarés no a la orden descontados y aún no vencidos en el momento de la reclamación del subcontratista, si queda la posibilidad de retorno al contratista.**—Al versar la acción directa del artículo 1597 CC sobre la cantidad que el comitente o dueño de la obra «adeude» al contratista cuando el subcontratista hace su reclamación, es claro que se excluye todo lo que el comitente ya no «adeude» de ningún modo, cual sucede con los pagarés que el comitente hubiera hecho efectivos a su vencimiento a la contratista o las entidades de crédito que las recibieron de ésta antes de la reclamación de la subcontratista. Sin embargo, es dudoso si la cantidad representada por los pagarés no a la orden recibidos del comitente por el contratista, entregados por éste a entidades bancarias a cambio de un anticipo de su importe y no vencidos aún al tiempo de la reclamación del subcontratista, se adeuda o no por el comitente al contratista. Si se considera que sí, deberá prosperar la acción directa del subcontratista contra el comitente; si no, la acción carecerá de uno de los presupuestos para su viabilidad y deberá ser desestimada. La cantidad adeudada por el comitente al contratista comprende no sólo la representada por los pagarés aún no vencidos en poder del contratista sino también la representada por los que este último hubiera entregado a entidades de crédito pero quedando latente la posibilidad de retorno al contratista para que éste reclame el pago de su importe al comitente. En definitiva, será la naturaleza del contrato entre contratista y entidades de crédito lo que determine la solución aplicable en cada caso.

Este criterio es el que mejor permite conjugar la protección excepcional de los subcontratistas por el artículo 1597 CC con el párrafo segundo del artículo 1170 del mismo Cuerpo legal y con el régimen de la cesión de créditos de los artículos 347 y 348 C.Com. y 1526 a 1530 CC, pues si en cualquier caso de pago del comitente al contratista mediante letras o pagarés, y subsiguiente anticipo de su importe al contratista por entidades de crédito, se entendiera que el comitente ya no adeuda nada al contratista sino a las entida-

des receptoras de los efectos, entonces la protección del subcontratista por el artículo 1597 CC sería ilusoria en la mayoría de los casos y, sobre todo, se sometería al subcontratista a la suerte de otro contrato al que también fue totalmente ajeno, el celebrado entre el contratista y las entidades bancarias, pudiendo sólo recuperar de un modo poco explicable jurídicamente, en caso de devolución de los efectos por el Banco al contratista tras su impago por el comitente, una acción que en puridad ya se habría extinguido anteriormente, en el momento de entrega de los efectos al Banco con anticipo de su importe. (STS de 20 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—A., S. A. y V., S. A., que integraban una Unión Temporal de Empresas, resultaron adjudicatarias de las obras para acondicionamiento de una carretera. Ambas contrataron la ejecución de una parte de las obras (excavación de túneles y traslado de material sobrante) a M., S. A. y ésta, a su vez, subcontrató a H., S. A. para la excavación de túneles. El pago a M., S. A. por A., S. A. y V., S. A. se hacía mediante la entrega de pagarés que aquélla entregaba a su vez al Banco S. y a la Caja de Ahorros M.

H., S. A. interpuso demanda contra M., S. A., A., S. A. y V., S. A., solicitando se les condenara solidariamente al pago de 84.390.098 pesetas, más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a M., S. A. al pago de la cantidad solicitada y absolviendo a A., S. A. y V., S. A. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó en parte, condenando igualmente a las otras codemandadas al pago de la cantidad solicitada. Contra esa sentencia, A., S. A. y V., S. A. interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (F. J. J.M.)

**45. Préstamos usurarios. No basta para la apreciación de usura la existencia de un interés superior al normal y de una garantía hipotecaria.**—Para apreciar la usura, no basta un interés superior al normal (habitual) del dinero al tiempo de la operación jurídica, unida a la prestación de una garantía hipotecaria que evita el riesgo para el acreedor, porque la «desproporcionalidad» del interés, además de ostensible, debe contrastarse con las demás circunstancias y con la tasa del interés, con lo que se quiere significar la disimilitud de supuestos según las diversas circunstancias concurrentes en la operación crediticia y la cuantía del interés concreto a abonar. Por ello, mientras que en la STS de 7 de mayo de 2002 el interés pactado era del 29% y se había constituido una hipoteca para asegurar la devolución de la cantidad prestada sobre un inmueble de valor muy superior a aquella cantidad, lo que explica que se apreciara en el contrato la calificación de usurario, esto no coincide con el caso en que el interés es el del 19% —diez puntos menos— y la garantía hipotecaria no consta que sea de valor muy superior. Por consiguiente, si la tasa del interés tachado de usurario aunque superior a la normal del dinero no tiene una gran entidad, no cabe entender que sea usuraria.

**No existe necesariamente aprovechamiento de una situación angustiosa, a efectos de usura, por operaciones de refinanciación para tratar de superar dificultades de liquidez.**—No cabe entender que la operación se

realizó con aprovechamiento de la situación angustiosa en orden a calificarla como usuraria cuando nos hallamos ante una operación de refinanciación que daba a la entidad deudora la oportunidad de tratar de superar las dificultades económicas de liquidez; sin que baste la declaración poco tiempo después del estado de suspensión de pagos (así, en la STS de 5 de julio de 1982 junto a las circunstancias de la suspensión se toman en cuenta otras más que sí revelan lo desesperado de la situación). (**STS de 23 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—*I., S. A.* suscribió con el Banco P., a fin de refinar operaciones crediticias anteriores con el mismo, una cuenta de crédito en cuenta corriente con una garantía hipotecaria otorgada por doña Zulima sobre determinadas fincas de su propiedad, siendo inscrita registralmente dicha hipoteca. Al poco tiempo, *I., S. A.*, ante las dificultades de tipo económico que venía arrastrando, solicitó el inicio de expediente de suspensión de pagos. El Banco P., en cumplimiento de lo pactado, vino cargando en la indicada cuenta especial el saldo deudor de las operaciones de crédito, y girando al importe correspondiente los intereses ordinarios al tipo del 19% pactado hasta que, ante la falta de pago de las cantidades resultantes, se procedió a dar por vencida la cuenta y a cerrar y liquidar la misma, formulando después la correspondiente demanda de procedimiento de ejecución sobre los bienes hipotecados, contra *I., S. A.* y doña Zulima.

*I., S. A.* y doña Zulima interpusieron demanda contra el Banco P., solicitando se declarara la nulidad de pleno derecho, por usurario, del contrato principal de cuenta de crédito en cuenta corriente; la de la obligación accesoria de garantía hipotecaria, con la consiguiente cancelación de la inscripción de la hipoteca; y la de todo el procedimiento de ejecución hipotecario, así como que se declarara que el importe que *I., S. A.* debe devolver al Banco P., conforme establece el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, asciende a la cantidad de 648.260,31 euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo al Banco P. de todos los pedimentos promovidos contra ella. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó. Contra esa sentencia, *I., S. A.* y doña Zulima interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (*F. J. J. M.*)

**46. Crédito al consumo. Vinculación funcional con otro contrato para cuyo cumplimiento se concierne el de crédito. Tratamiento jurídico unitario.**—La naturaleza unitaria de la operación económica característica del crédito al consumo se traduce, pese a la pluralidad de contratos, en la afirmación de una conexión funcional, por la interacción de fines, entre las distintas relaciones jurídicas, nacidas de los contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza y de financiación, que excluye la posibilidad de dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto.

**Exclusión de su ámbito de los créditos concedidos gratuitamente o sin intereses. No procede cuando, pese a la estipulación, el prestamista**

**ha convenido con el prestador de servicios una retribución a cargo de éste.**—La interpretación de las exclusiones contenidas en el art. 2 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, debe ajustarse al criterio teleológico, no pudiéndose alejar de la finalidad protectora de la norma; de manera que bastará con que el prestamista convenga con el proveedor de servicios una retribución a su cargo, para que la gratuidad respecto al consumidor, aunque aparezca formalmente pactada entre aquéllos, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación; máxime cuando resulta la realidad de la repercusión en el patrimonio del consumidor de la retribución debida por las proveedoras. (**STS de 25 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La asociación para la defensa de los consumidores AICAR demandó a las mercantiles *OZ, S. L.* —prestadora del servicio de enseñanza—, y *PSFE, S. A. U.*, *BSCH, S. A.* y *BBVA, S. A.* —entidades que financiaban los créditos contra los alumnos para el pago del precio de la enseñanza a cargo de la primera—, debido a que la suministradora del servicio, pese a cobrar desde el inicio el importe íntegro de los cursos, había suspendido repentinamente sus actividades, quedando los alumnos obligados frente a las compañías financieras a continuar pagando el importe de los cursos financiados. Se solicitó no sólo la resolución de los contratos de enseñanza sino también la ineficacia de los de préstamo y cesión de créditos concertados para su pago, por estimarse inseparablemente vinculados a los primeros, y en los que los alumnos no habían tenido oportunidad de intervenir tanto para la elección de la entidad como para la fijación del contenido de dichos contratos. Igualmente se pidió la devolución de las cantidades abonadas como pago de la financiación por el tiempo que no se hubiera recibido el servicio contratado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso de las entidades financieras, liberándole de la obligación del pago de intereses por las cantidades a restituir, a la vista de la gratuidad de las operaciones de crédito concertadas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

**47. Pago de parte de la deuda por uno de los cofiadores solidarios. Posibilidad de reclamar al resto su parte alícuota correspondiente.**—«El cofiador que paga, no por propia voluntad, sino compelido a ello tiene derecho de repetición contra los restantes cofiadores, tanto por razón de justicia intrínseca pues de lo contrario habría asumido, no por propia voluntad, una deuda que sólo en parte le corresponde [...]; también por razón de que la finalidad de aquella norma es evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del fiador que ha pagado [...]. El cofiador que paga tiene el derecho a reclamar a los demás su parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la deuda y aunque no haya alcanzado la totalidad de su cuota [...]» (FJ 3.º STS de 13 de octubre de 2009) (**STS de 13 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte actora ejercita demanda solicitando la condena a los demandados cofiadores al pago de la parte que les corres-

pondría como tales en sendos contratos de préstamo. El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados al pago de las cantidades debidas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima en parte la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia sobre la posibilidad de que un cofiador, que ha pagado parte de la deuda, y no la totalidad, pueda exigir a los demás su parte alícuota, tratándose de una deuda cuya reclamación se efectuó antes del vencimiento.

El art. 1844 CC permite a los cofiadores, constituidos en régimen de solidaridad, que hayan pagado la deuda, total o parcialmente, reclamar al resto la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Lo contrario supondría, a juicio del Tribunal Supremo, un perjuicio para el cofiador que paga, ya que tendría que esperar a que el pago fuera completo. Este cofiador podrá reclamar a los demás su cuota parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la deuda y aunque no haya alcanzado la totalidad de su cuota. Este derecho de repetición frente a los otros tendrá lugar aunque el pago no consentido por el resto sea anterior al vencimiento del crédito, siempre y cuando el cofiador fuera compelido al pago. La repetición siempre cabrá cuando el pago hecho por el cofiador beneficie al resto (*L. Z. G.*)

**48. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Tendido de líneas telefónicas y caída del obrero por quebrarse el poste a nivel del suelo: Competencia civil: Evitar peregrinaje de jurisdicciones.**—Según sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 septiembre 2009, la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y, como tal, de obligada observancia por su naturaleza de orden público, por lo que su control en modo alguno puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan cuando consta claramente la falta de la misma. En el presente caso la incompetencia jurisdiccional se plantea de oficio, entendiendo la Sala que el accidente podía enmarcarse en una relación laboral existente entre el trabajador y la empresa demandada, propia de la jurisdicción laboral. Lo que se plantea es la oportunidad de aplicar esta doctrina a procesos iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada de forma distinta en los que en ninguna instancia ha sido alegada la posible incompetencia de la jurisdicción civil. Por ello no puede negarse la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que, a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones, y precisamente, tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del *peregrinaje* enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos —la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas—.

**Reclamación de daños y perjuicios: Prescripción: *Dies a quo*.**—En el recurso interpuesto por el accidentado se sostiene que el plazo prescriptivo anual debe contarse, no desde el 6 junio 2000, fecha de la notificación de la resolución del INSS, que declaró al actor en situación de invalidez permanente para su profesión habitual, sino desde el 31 octubre 2001, en el que el INSS emite un informe en respuesta a la solicitud del actor de revisión de su situación de invalidez, o, en su caso, desde el 16 julio 2001, fecha del informe médico donde se detallan las secuelas y el momento a partir del cual el demandante estaba ya en condiciones de valorar el alcance efectivo y total del daño causado, así como el importe de la indemnización. Es doctrina jurisprudencial reiterada que tratándose de daños corporales el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de la producción de la lesión, sino desde aquel en que el perjudicado tuvo un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo. Es lo que se conoce como determinación invalidante de las secuelas que sitúa 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 sólo 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 y 13 de febrero de 2003, 1 de febrero de 2006). En este caso, el problema debe resolverse en la misma forma en que se hizo en ambas instancias, coincidente con la fecha en que al trabajador se le valoró, tanto las lesiones, como su definitiva situación laboral, o lo que es lo mismo, desde que tiene constancia del alta médica definitiva y queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados con ocasión del accidente, ya que con posterioridad no variaron; plazo que fue interrumpido por la remisión de un telegrama, con fecha 16 de mayo de 2001, habiéndose formulado la demanda el 27 de mayo de 2002, es decir fuera del término que establece el art. 1969 e impone para las obligaciones extracontractuales.

El momento inicial es una cuestión de hecho que debe determinar el juzgador con arreglo a las reglas de la sana crítica; es evidente que la sentencia omite la fecha del 16 de julio de 2001, e ignora la del 31 de octubre de 2001, que se produce más de un año después de la primera calificación, y que no añade nada nuevo puesto que el perjudicado sabía con carácter definitivo cual era el alcance de las secuelas y el tiempo a partir del cual pudo ejercitar la acción, que no es el que resulta de este segundo plazo, sino el que se produce tras la calificación laboral de las secuelas, que es el que se cuida de interrumpir el actor mediante telegrama. En definitiva, la situación que se constata en la demanda viene expresamente referida a las consecuencias que se derivan de las lesiones hasta el 30 de mayo de 2000, coincidente con el momento en que se encuentran totalmente valoradas y adecuadamente determinadas por la resolución del INSS. Lo contrario dejaría al arbitrio y voluntad del perjudicado el tiempo de ejercicio de la acción, con evidente vulneración de elementales principios de seguridad jurídica, e indefensión al demandado, incompatible, además, con la finalidad de la prescripción que existe y se configura en nuestro derecho para reconducir las reclamaciones dentro de un tiempo determinado más o menos amplio, según los casos. (STS de 15 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**49. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Muerte por electrocución de obrero de la construcción: Competencia jurisdicción civil.**

Conviene puntualizar que en el presente caso, la indemnización de daños y perjuicios por la muerte de un trabajador mientras desempeñaba sus tareas laborales para la empresa empleadora, ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto, ni tampoco cabe que esta Sala se la cuestione de oficio, pues la demanda se dirigió no sólo contra dicha empresa y su administrador sino también contra el dueño de la casa en construcción y contra los técnicos de la obra, no vinculados contractualmente con el trabajador fallecido, por lo que ha de estarse a la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de 19 de mayo de 2008 y otras posteriores.

**Responsabilidad del Arquitecto superior.**—La s. recurrida no atribuye al Arquitecto superior las funciones de Aparejador o Arquitecto técnico sino que, partiendo de una valoración probatoria diferente de la plasmada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, considera que en el caso enjuiciado, en el que el primero era director de obra y la visitaba periódicamente, necesariamente tuvo que advertir el uso de herramientas o maquinaria eléctrica no prevista en su proyecto y, entonces, ordenar las medidas oportunas que habrían podido evitar el peligro y la muerte del trabajador.

**Valoración de la prueba en segunda instancia.**—La jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional vienen declarando constantemente que la apelación constituye un nuevo juicio en el que el tribunal goza de plena jurisdicción para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto de debate, con los únicos límites representados por la prohibición de la reforma peyorativa en contra del apelante y la sujeción a los términos de la impugnación o respeto al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, ya que la apelación, a diferencia de la casación, sí es una instancia (SSTS de 28 de mayo de 1998, 6 de noviembre de 1999, 11 de marzo de 2000, 15 y 21 de marzo de 2002 y 28 de octubre de 2008; y SSTC 274/94, 37/95, 125/97, 101/98, 206/99 y 21/03, entre otras muchas).

**Medidas de seguridad y prevención de riesgos laborales: Deber de diligencia del Director de obra.**—La jurisprudencia, en general, exime al Arquitecto superior de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo o de las normas sobre la prevención de riesgos laborales, pero ello no equivale a exonerarle de responsabilidad cuando el Arquitecto superior, además de autor del proyecto, sea Director de la obra y el incumplimiento en ésta de las más elementales medidas de seguridad resulte tan patente que necesariamente hubiera tenido que advertirlo en sus visitas periódicas a la obra, y, en consecuencia, dar las órdenes oportunas para evitarlo en lo sucesivo. En efecto, de haberse conducido, en este caso, con la diligencia que le era exigible habría dado las órdenes oportunas para que, comprobada la existencia en la obra de herramientas o maquinaria eléctrica no previstas en su proyecto, o bien dejaran de utilizarse o bien su uso por los trabajadores no comportara el peligro evidente generado por una indebida toma de corriente de una casa próxima mediante un cable que atravesaba la calle. Doctrina aplicada por STS de 20 mayo 2008 en un supuesto igual.

**Obligaciones de la Aseguradora; Pago de intereses moratorios del 20%: Procedimiento penal seguido de sobreseimiento libre.**—En el caso examinado resulta que en la causa penal precedente, la citación como imputado del Arquitecto superior, ya de por sí tardía en relación con la fecha del siniestro, fue seguida de un sobreseimiento provisional luego elevado a libre, equivalente a sentencia penal absolutoria, de suerte que no fue hasta más de nueve años

después del siniestro cuando se formuló una reclamación contra las aseguradoras posterior a la total exculpación de su asegurado. Lo procedente es que el incremento del 20 por cien anual sólo se aplique cargo de la aseguradora del Arquitecto superior desde la fecha de la propia sentencia recurrida, pues hasta entonces no se declaró judicialmente la responsabilidad de su asegurado.

«*In illiquidis non fit mora*».—Si bien es cierto que esta Sala en su sentencia de 13 de octubre de 1997 dio por definitivamente abandonada la prevalencia de la regla *in illiquidis non fit mora*, no lo es menos que, en casos muy particulares como el aquí examinado, de fundada incertidumbre sobre si se debe y cuánto se debe hasta el momento mismo de la sentencia de apelación, sigue aplicándose la citada regla para aplazar hasta tal momento la fecha inicial de devengo de los intereses moratorios (SSTS de 10 de diciembre de 2003, 5 de mayo de 2004, 31 de marzo de 2005, 12 de diciembre de 2007 y 27 de marzo de 2008, entre otras) (**STS de 16 de octubre de 2009**; ha lugar en parte). [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El accidente ocurre el 21 de diciembre de 1993 y la apertura de diligencias penales ocasiona un retraso de diez años en la interposición de la demanda por parte de la madre del trabajador fallecido y de una hermana suya, reclamando un total de 210.354,24 euros. La pluralidad de demandados (empresa constructora, dueño del edificio, Arquitectos superior y técnico, aseguradoras) origina diversidad de sentencias de instancia, si bien sólo recurren en casación el Arquitecto superior y la aseguradora del Arquitecto técnico. Las actoras se aquietaron con la reducción de la cuantía de la indemnización en apelación, recibiendo en torno a un total de 150.000 euros. (G. G. C.)

**50. Responsabilidad civil de contratistas de obras públicas: Competencia de la Jurisdicción civil.**—Aun cuando dialécticamente se aceptase la tesis de que el demandado actuaba como contratista de una obra pública, este hecho no determinaría la incompetencia de la jurisdicción civil, puesto que la demanda se dirige contra el supuesto contratista por entender que ha incurrido en negligencia con independencia del actuar de la Administración y con ello ha causado el daño. De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella, ni tampoco a los vicios del proyecto por ella elaborado. En la sentencia de primera instancia se afirma que cabe apreciar sin género de dudas una conducta negligente imputable a Construcciones y Transportes Andrés S. L., y que no ha resultado acreditado que el proyecto elaborado en su momento por la Consejería de Agricultura y que no se llevó a cabo por falta de presupuesto, fuera seguido para la construcción del camino; en la sentencia de apelación se afirma que de los informes periciales emitidos y obrantes en los autos se deriva claramente una actuación negligente y falta de cuidado en las obras que se realizaban, y que el proyecto redactado por la Junta de Galicia quedó sin efecto alguno, lo que hace innecesaria, por inútil, la traída al proceso de persona alguna perteneciente a tales organismos. No obstante lo dispuesto en el art. 9.4 LOPJ, de los arts. 97.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se deduce de modo patente que la reclamación de daños pueda dirigirse, cuando proceda, ante la jurisdicción civil.

**Motivación suficiente de las sentencias.**—Tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial. Concorre siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en derecho: STC de 20 de diciembre de 2005), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible (SSTS de 20 de diciembre de 2000 y 12 de febrero de 2001). No impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate.

En el presente caso, la motivación utilizada por la sentencia de apelación, aun cuando sea discutible el argumento formal utilizado sobre la firmeza de la resolución adoptada, cumple debidamente la finalidad del deber de motivación pues la competencia de la jurisdicción civil, acertada en el fondo, aparece implícitamente fundada en las razones utilizadas en el auto al que la sentencia se remite y permite a la parte comprender los motivos por los cuales se ha aceptado la competencia del orden jurisdiccional civil y proceder a su crítica e impugnación (**STS de 2 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rius.]

NOTA.—En último término, la suficiente motivación de las resoluciones judiciales garantiza el derecho constitucional a la protección judicial de derechos e intereses del art. 24 CE. La doctrina jurisprudencial se orienta hacia una interpretación razonable y flexible cuyo límite mínimo estaría representado por la ausencia total de justificación del fallo (en cuyo caso no habría motivación suficiente) y su límite máximo requeriría una respuesta puntual a todas y cada una de las alegaciones de las partes (que la sentencia considera inexigible) (*G. G. C.*)

### **51. Culpa extracontractual: Caída en interior de templo: Prueba.**—

El recurso extraordinario por infracción procesal se basa en que la lesionada se precipitó, dentro del templo, desde una escalera que conducía al coro y que se encontraba sin barandilla y en mal estado de uso, causándose lesiones graves con secuelas, concurriendo los requisitos para apreciar responsabilidad extracontractual de la archidiócesis de Madrid, propietaria del mismo, por aplicación del art. 1902 CC. Pero tal supuesto de hecho contradice la sentencia de apelación cuyos pronunciamientos sobre la valoración de la prueba no han sido desvirtuados. La sentencia razona de manera exhaustiva acerca de las circunstancias en virtud de las cuales considera no probado que el accidente se produjo por una caída desde la escalera que da acceso al coro de la Iglesia; resulta irrelevante el hecho de que no se mencionase el reconocimiento judicial efectuado en la primera instancia, del cual se desprenden las condiciones en que se hallaba la escalera y el coro, pero no las circunstancias concretas en que el accidente se produjo; la Audiencia Provincial examina estas circunstancias teniendo en cuenta los testimonios inmediatos, los mediatos y los datos sobre la posición en que fue hallada la víctima en el momento del accidente,

sobre el lugar en que se encontraba su nieta y sobre las características irregulares de la escalera, que aparecen recogidas en el acta de reconocimiento judicial. No puede considerarse que la conclusión formulada sea arbitraria o ilógica sino que se apoya en detenidos razonamientos fundados en reglas de experiencia ajustadas a los datos suministrados por la prueba.

**Carga de la prueba.**—En el caso examinado correspondía a la parte demandante, sobre la que correctamente se han hecho recaer las consecuencias de la falta de prueba con arreglo al art. 217.2 LEC (corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda). (STS de 17 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Doña Micaela, de 60 años de edad, con su nieta de 4 años, el 1 de abril del 2000, sobre las 20h. 40 m. se encontraba en el interior de la Iglesia de N.<sup>a</sup> Sr.<sup>a</sup> del Pinar de Madrid, y por circunstancias no determinadas sufrió una caída que le causó graves lesiones con secuelas. El JP estimó parcialmente la demanda por estimar que la caída se había producido desde una escalera muy peligrosa por la que se accede al altillo o coro situada en el techo del atrio, el cual no es idóneo para que puedan acceder al mismo personas ajenas al cuidado de la limpieza. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y desestimó la demanda. La lesionada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, que son desestimados. En el momento del accidente habían salido del templo todos los asistentes a una celebración litúrgica, por lo cual no hubo testigos presenciales del mismo, y éste es advertido por las personas que se encuentran en la sacristía, al oír los sollozos de la niña, pues la víctima había quedado inconsciente en el suelo. Es, por tanto, un caso de falta directa de prueba, cabiendo únicamente conjeturas sobre el modo de producirse el accidente. (G. G. C.)

**52. Culpa extracontractual: Actividades deportivas: Accidente en prueba ciclista: Lesiones con secuela de coma vegetativo irreversible: No responde la entidad organizadora: Asunción de riesgos normales por los participantes.**—El riesgo por sí sólo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del mismo por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS de 16 de febrero y 4 de marzo de 2009). El ciclismo deportivo no es una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, antes al contrario se trata de una actividad reconocida y practicada por numerosos deportistas con los requisitos que reglamentariamente se establece, incluido el de la adecuación de la carretera a la prueba. Como tal no es posible convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si ésta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pueden derivarse para los que acuden a practicarla de una forma libre y espontánea. Es cierto que la norma reglamentaria exige al organizador tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia imponga para salvaguardar la integridad de los participantes en la prueba, evitando en el recorrido o en el

sitio de la competición, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas (corredores, acompañantes, oficiales, espectadores etc). Ahora bien, cumplidos tales presupuestos, compete a los corredores estudiar con anticipación el recorrido y analizar las situaciones de riesgo que la carrera implica, a partir de los datos que se les proporciona y que en el caso venían referidos, entre otros, a una bajada *peligrosa* en el trazado del itinerario a recorrer. El dato de la *gravilla* suelta en la calzada por donde circulaba el ciclista lesionado (con una absoluta imprecisión causal, pues la sentencia no acaba de concretar si estaba en la esplanada o en la carretera: *el ciclista salió de la esplanada de gravilla por donde aparcan los coches para ver la nieve*) es un dato perceptible para quien está capacitado para acometer la prueba y apto para razonar una previsibilidad de riesgo portencial de caída y eventual salida de la calzada bajando el Puerto con la bicicleta, como también lo es, en mayor medida, la existencia del barranco por el que cayó, de tal forma que aunque la caída fuera motivada por la citada gravilla, no cabe ignorar la realidad de la pérdida del control de la bicicleta, circunstancias todas ellas que impiden poner el daño a cargo de quienes preparan la prueba y advierten previamente a los corredores del peligro normal, típico y previsible que resulta de la actividad dejando a los ciclistas el control de su desarrollo: la mayor o menor velocidad, el sprint, el estado de las bicicletas, el contacto con los demás ciclistas, la lluvia etc. Los riesgos relativos a la seguridad de la carrera que corresponden a la organizadora son distintos de los que la propia competición genera. Son riesgos que, a diferencia de aquella, los ciclistas conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad (STS de 31 de mayo de 2006), lo que impide trasladar a la organización las consecuencias que resultan de una caída sufrida en el curso de la prueba, puesto que el daño se produce como consecuencia del peligro inherente a una actividad bajo el control de la víctima al que se exponía bajando el Puerto, y no a resultados del comportamiento de quienes la organizaban ajeno a los cánones o estándares establecidos de previsión y diligencia, identificados –como dice la sentencia de 6 de septiembre de 2005 –«con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto», puesto que no crearon más riesgos que el de preparar la prueba por una carretera apta para el curso de la misma, que el ciclista asume, adoptando la diligencia exigida a la naturaleza de la actividad y a la pericia de los participantes, ninguno de los cuales, salvo la víctima, se vio afectado por la gravilla; razón por la cual no es posible afirmar que, pese al grave y desgraciado accidente sufrido por un joven ciclista aficionado, concurren los requisitos previstos en el art. 1902 CC, para el nacimiento de la obligación de reparar por parte de quienes nada pudieron hacer por evitar la caída, salvo no celebrar la carrera (STS de 11 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Se describen en el FD1.º en los siguientes términos:  
a) La Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna organizó la X Vuelta Ciclista a la Sierra Norte de Madrid, categoría junior, a disputar los días 19 al 22 de agosto de 1998 con carácter nacional, estando dividida la prueba en cuatro etapas. Dicha Asociación forma parte de la Federación Madrileña de Ciclismo, la cual tiene un seguro obligatorio deportivo con la Mutulidad General Deportiva y seguro de responsabilidad civil con Aurora Polar S. A., con un máximo de garantía de 25 millones de pesetas; b) En la carrera participaba Juan Ramón, de 17 años, en posesión de licencia federativa en vigor y apta para hacer-

lo en la prueba, formando parte de un equipo de Segovia, perteneciente a la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo que había suscrito póliza de accidentes con un límite máximo de dos millones de pesetas por siniestro. Al no cubrir dicha cantidad el mínimo legalmente establecido por RD 849/1993, el Presidente de la Federación citada acuerda complementarlo, comprometiéndose a hacerse cargo de los gastos de asistencia médico-quirúrgica y sanatorial y farmacéutica en régimen hospitalario que superen los dos millones de pesetas; c) La Jefatura de Tráfico concedió autorización para celebrar la prueba, y la carrera iba acompañada de nueve guardias civiles; la D.G. de Carreteras de la Comunidad de Madrid manifiesta que no existe inconveniente para su celebración; la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid, del Ministerio de Fomento, informa que ha carecido de tiempo para informar la solicitud presentada con cuatro días de antelación a la prueba; d) La carrera se realiza en una carretera pública de puerto de montaña, cortada al tráfico y vigilada por personal de la organización y de la Guardia civil. La etapa del día 20 de agosto discurre entre Buitrago y San Agustín de Guadalix, en cuyo itinerario se cruza el Alto de la Morcuera, señalado en el libro de ruta como *peligrosa* por tratarse de una bajada de Puerto. Al comienzo del descenso, Juan Ramón, que en ese momento circulaba sólo por la carretera, protegida con quitamiedos de hormigón, se salió en una curva del trayecto, precipitándose por un barranco desde 5-6 metros, siendo encontrada la bicicleta en la cuneta por un motorista de la Guardia civil; e) el ciclista fue trasladado en helicóptero y trasladado a diversos centros sanitarios hasta que pasó a su domicilio, sufriendo politraumatismo encontrándose en estado vegetativo permanente, necesitando asistencia continua de tercera persona para realizar todas las funciones vitales y prestarle cuidados especiales. El Juzgado de Primera Instancia condenó solidariamente al abono de 55.559.005 pesetas a diversas entidades (entre ellas, a la Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna). La Audiencia Provincial diversifica las sumas a abonar, condenando a esta última Asociación, a título personal, al pago de la mayor suma que asciende a setenta millones de pesetas. El recurso de casación se interpone exclusivamente por la Asociación Deportivo Cultural, siendo estimado por las razones que se extractan.

NOTA.—Se hace aplicación de una doctrina establecida desde hace algunos años por la Sala 1.<sup>a</sup> en relación con la asunción de riesgos normales por el deportista, y reiterada ulteriormente (Vide en general, ORTÍ VALLEJO, *Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo*, en «Tratado de responsabilidad civil» (Coord. Reglero Campos) (Cizur Menor 2002) pp. 1360 y ss. (G. G. C.)

**53. Responsabilidad civil de centros docentes: Actividades de naturaleza especial: Daños por caída inesperada de alumna con disminución psíquica del 34 por cien, de pretil de puente: Lesiones con graves secuelas: Exoneración de los profesores del centro especial: Relación de causalidad: Imputación de la monitora del centro de naturaleza: Responsabilidad solidaria: Suma indemnizatoria: Intereses.**—El litigio versa sobre la posible responsabilidad civil de dos sociedades cooperativas andaluzas respectivamente titulares de un colegio de educación especial y de un centro

de la naturaleza, dos profesores del primero y una monitora del segundo, con obligación de indemnizar en su caso a cargo de la aseguradora de cada uno de los centros, por las lesiones y secuelas de una joven de 16 años, que padecía una disminución psíquica del 34 por cien (de leve a moderada) sin limitación física alguna, sufridas a consecuencia de una caída de espaldas desde el pretil de un puente a un pequeño arroyo en la finca donde el centro de la naturaleza desarrollaba su actividad, caída que le produjo un traumatismo craneoencefálico, con fractura de vértebra cervical 7.<sup>a</sup> que invadió el canal raquídeo, con secuela de tetraplejía de nivel C6 C7, con material de osteosíntesis en la columna y perjuicio estético muy importante.

En relación con los dos profesores del Colegio especial esta Sala no advierte culpa o negligencia alguna en su actuación porque, de un lado, un grupo de alumnos emprendió la marcha hacia el establo por iniciativa de la monitora del centro de la naturaleza en un momento en que ambos se encontraban ausentes, esto es, sin su conocimiento; y, de otro, su ausencia estaba justificada, ya que uno de los profesores había acompañado a uno de los alumnos a llamar por teléfono, cumpliendo el deber de vigilancia que le correspondía dadas las especiales características de los alumnos del grupo, y la otra había ido al cuarto de baño; no consta que la monitora les anunciara su propósito de adelantarse con el grupo y, en cambio, sí consta que en cuanto advirtieron su marcha hicieron todo lo posible para alcanzarlos, de suerte que razonablemente no tenían por que pensar que la monitora iba a tomar esa iniciativa por sí sola; desde el punto de vista de la imputación objetiva su exoneración se fundaría en el principio de confianza, en este caso, la razonable creencia de que la monitora no emprendería la marcha con el grupo sin su presencia. Descartada la responsabilidad de los profesores queda igualmente descartada la de la cooperativa titular del Colegio.

Diferente juicio merece la actuación de la monitora del centro de la naturaleza. Es imprudente emprender la marcha con un grupo de alumnos de características especiales, que se encuentran siempre a cargo de dos profesores de su colegio, sin esperar a éstos, lo que supuso que la marcha se inicia sin conocimiento de aquéllos, lo que dificultó sobremanera el control y vigilancia del grupo. Hubo relación de causalidad entre la conducta de la monitora y el hecho dañoso, pues si bien es cierta la imposibilidad de afirmar con absoluta certeza que la presencia de los dos profesores habría impedido que la joven se sentara en el pretil del puente, y con ello se cayera de espaldas, también lo es la imposibilidad de afirmar con absoluta certeza que la presencia de esos profesores no habría impedido aquel hecho, por ejemplo siguiendo con el grupo de alumnos hacia el establo mientras la monitora se detenía para hablar con otro monitor o indicando al grupo que no se detuviera precisamente sobre el puente. Se trata de un problema siempre difícil de cursos causales hipotéticos que debe resolverse conforme a criterios de imputación objetiva entre los que resulta aplicable al caso el del incremento del riesgo, indudable en este caso al emprender la marcha el grupo de alumnos bajo la dirección de una sola persona, cuando debían ser tres, y al detenerse el grupo precisamente sobre el puente, cuando no había necesidad de hacerlo y el haberlo hecho antes o después de pasar el puente no entrañaba peligro alguna. El resultado dañoso, sí que fue causado por la conducta negligente de la monitora al no poder descartarse con seguridad, o probabilidad rayana en la certeza, que la presencia de los dos profesores del colegio con el grupo no habría impedido el daño. La responsabilidad de la monitora determina la del centro, a tenor del pár. 4.º del art. 1903 CC, aunque también cabe declarar la responsabilidad del centro conforme al art. 1902 CC, pues tampoco se com-

parte el juicio del tribunal sentenciador sobre la falta de peligro del paso del puente, pues pese a la escasa longitud del mismo y a su anchura normal, sus pretilos eran excesivamente bajos (65 cms) y estrechos (25 cms), sobre todo si se tiene en cuenta que el centro era visitado por alumnos con disminución psíquica cuyo comportamiento es más imprevisible, lo que exigía, en previsión de riesgos innecesarios, la sustitución por otros de mayor altura que, sin romper la armonía natural del entorno, redujeran lo más posible el riesgo de caídas al arroyo. La estimación parcial del recurso determina la casación parcial de la sentencia recurrida, para declarar la responsabilidad civil solidaria, frente a la demandante, de la monitora del centro de la naturaleza, de la sociedad cooperativa andaluza titular del mismo y de su aseguradora. La suma indemnizatoria reclamada de 1.010.832,21 euros, aplicándose el baremo establecido para las lesiones causadas en accidentes de circulación, se reduce a 899.721,45 euros, por no aplicar el factor corrector del 10 por cien sobre las secuelas, por no estar la víctima en edad laboral, pero tampoco la reducción por la disminución psíquica de la víctima, porque no le supone ninguna limitación física y su grado de leve a moderado no constituye un grave impedimento para encontrar trabajo al amparo de las normas protectoras de personas en esta situación. La determinación de los intereses a cargo de la aseguradora por tramos responde a la doctrina sentada por el pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> en sentencia de 1 de marzo de 2007, aplicada en fallos posteriores. (**STS de 5 de noviembre de 2009**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Análisis detallado, minucioso y pormenorizado de los hechos, que se presenta estrechamente conectado con la *ratio decidendi*, lo que ha obligado a una fina matización de la argumentación jurídica de la sentencia. La notable cuantía de la suma indemnizatoria, próxima a los 150 millones de las antiguas pesetas, nos hace ver la singular dificultad de prestar servicios en esta clase de centros, así como la necesidad de extremar el celo de los responsables para eliminar toda clase de riesgos en la disposición, interna y externa, de las instalaciones que acogen las actividades institucionalizadas de los discapacitados. No dejan de suscitarse algunos interrogantes, de difícil respuesta: ¿qué pudo motivar a la monitora a emprender, como única responsable, la ruta hacia el establo —lugar de realización de la práctica— acompañando ella sólo al grupo de alumnos? ¿advirtió, efectivamente, que los dos profesores se habían momentáneamente ausentado? ¿habían anunciado aquéllos la ausencia a su compañera? ¿a qué distancia del puente se encontraba el final de la ruta? ¿hubo en el momento alguna protesta o reticencia por parte de cualquiera de ellos? Por otra parte, no parece que la valoración de la conducta de la monitora sea idéntica en el caso de que los hechos ocurrieran estrictamente *uno actu*, sin tiempo ni ocasión de reflexionar, o si medió un lapso suficiente para poder advertir la situación y calcular sus eventuales consecuencias (G. G. C.)

**54. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Prescripción.**—Ambas instancias declararon prescrita la acción ejercitada contra la entidad aseguradora en reclamación de los daños y perjuicios sufridos en accidente de tráfico ocurrido el 12 diciembre 1996, al considerar que los actores realizaron una última reclamación extrajudicial a la demandada que fue contesta-

da en 23 septiembre 2001, habiendo interpuesto la demanda el 12 de noviembre de 2002, fuera del término que fija el art. 1969 CC. Se rechaza una ampliación de plazo a partir de *a)* un tratamiento posterior, *b)* unas conversaciones entre las partes que indicaban que la reclamación estaba subsistente, y *c)* negando efectos prescriptivos a la notificación personal del sobreseimiento de la causa penal previa.

**Interpretación restrictiva de la prescripción.**—Es cierto que la prescripción es un instrumento establecido por el legislador para dotar de seguridad jurídica a las obligaciones, que esta Sala ha venido aplicando con cautela (SSTS de 2 de noviembre de 2005 y 21 de julio de 2008), pero también lo es que ninguna duda suscita la interpretación de la norma que deba de ser resuelta en beneficio de un mayor plazo para el ejercicio de la acción, cuando lo que se pretende es prolongar el plazo para hacer efectivo el ejercicio de la acción a partir de tratamientos y documentos posteriores que la sentencia recurrida rechaza de forma expresa.

**Efecto interruptivo del proceso penal.**—La presentación y ulterior tramitación de la denuncia produce, conforme al art. 114 LEC, el efecto de prohibir la iniciación o, en su caso, la continuación de un proceso civil que verse sobre el mismo hecho integrante del proceso penal pendiente. Tal prohibición subsiste hasta que no se dicte resolución de sobreseimiento, libre o provisional y, por tanto, de archivo; para que deje expedita la vía civil debe notificarse al perjudicado, aunque no se encuentre personado en las actuaciones, independientemente de que no se hubiera notificado el *ofrecimiento de acciones*. El plazo de prescripción en tal caso no comienza a correr sino desde que se produzca la expresada notificación (SSTS de 30 de junio de 1993, 25 de marzo de 1996, 3 de octubre de 2006 y 11 de octubre de 2007, entre otras). Ahora bien, con independencia de que nunca el excesivo formalismo puede condicionar el éxito de una pretensión jurídica, de tal suerte que si se logra probar que el interesado conoció por otras vías el contenido de la resolución judicial de archivo, la ausencia de notificación en forma no será óbice para que el plazo de prescripción discurra, a contar, desde luego, desde el día que se justifique que se tuvo el referido conocimiento (STS 9 de diciembre de 1999); en el caso resulta irrelevante que no se notificase personalmente a los interesados el archivo (sólo a los Procuradores), pues con posterioridad se dictó auto ejecutivo en base a que los demandantes promovieron los correspondientes juicios ejecutivos, lo que prueba su conocimiento.

**Dies a quo del plazo prescriptivo.**—La determinación del día inicial para el cómputo del plazo de la prescripción es una cuestión de hecho, para lo que es competente la Sala sentenciadora en el ejercicio de su función de valoración de las pruebas practicadas, y este día coincide con aquel que los interesados ponen fin a las conversaciones mantenidas con la demandada, puesto que, en orden a las actuaciones médicas posteriores, carecen de relevancia alguna cuando los actores cuantificaron sus respectivas reclamaciones con base en la estabilización lesional que resulta de los informes y pericias médicas, y estos —los más tardíos— datan del año 2000.

**Falta de prueba de la interrupción de la prescripción.**—Es jurisprudencia reiterada que la interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho. La sentencia recurrida pone de manifiesto que a partir del día 23 de septiembre de 2001 no consta que se hubieran mantenido conversaciones entre las partes, ni que formularan reclamación judicial o extrajudicial, hasta que el 12 de noviembre de 2002 presentaron la demanda; se ha intentado acreditar la interrupción extrajudicial mediante determinados testimonios

que se rechazan expresamente, previa valoración lógica y coherente de la prueba, por cuanto el plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 27 de septiembre de 2005, y 3 de mayo de 2007, entre otras).

**Oferta de acuerdo amistoso, no aceptada: Actos propios.**—Se alega que la aseguradora realizó un ofrecimiento de 12.500.000 pesetas, por lo que ha de considerarse como acto propio de la misma que reconoce una deuda por dicho importe; pero como señala la STS de 13 de marzo de 2008, no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto básico cuya contradicción con la conducta posterior daría pie a la aplicación de la doctrina de los actos propios (STS de 19 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**55. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Lesiones con amputación de pierna: Prescripción extintiva: Dies a quo.**—La cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación consiste en si el momento inicial para computar el plazo anual de prescripción establecido en el art. 1968-2.º CC para las acciones fundadas en el art. 1902, en un caso de lesiones con secuelas físicas y psíquicas que afectaron a la aptitud laboral del perjudicado, debe ser la fecha de la resolución de la Dirección Provincial del INSS por la que se declaró su incapacidad permanente total y se describieron las secuelas de sus lesiones, como entendieron las sentencias de ambas instancias, o, como se pretende en el recurso, la fecha en que se notificó al perjudicado la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ competente desestimando su recurso de suplicación contra la sentencia desestimatoria de su demanda contra el INSS pretendiendo que, mediante la revisión jurisdiccional de la citada resolución, se declarase su incapacidad permanente absoluta o invalidez permanente total. No se discute por ninguna de las partes la importancia del daño, amputación de la pierna derecha por debajo de la rodilla tras complicarse una fractura de tobillo sufrida por el demandante el 16 de mayo de 1996 al caer a una zanja mientras trabajaba en las obras de ensanche de una carretera, ni tampoco la sucesión de ingresos hospitalarios, intervenciones quirúrgicas y cambios de prótesis a los que tuvo que someterse aquél.

Aunque una lectura de las sentencias de esta Sala, poco atenta a las circunstancias de cada uno de los casos litigiosos, permitiría en éste fijar el día inicial del cómputo en la fecha de la resolución de la Dirección Provincial del INSS, e, incluso, adelantarlo a la fecha en que se hace tal propuesta de resolución o a la del dictamen médico precedente (así SSTS de 10 de octubre de 1995, 12 de febrero y 4 de abril de 2000, 6 de febrero de 2002, 22 de enero de 2003, 3 de octubre de 2006 y 3 de diciembre de 2007), lo cierto es que cuando, como en este caso, el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, la jurisprudencia, sin dejar de aplicar la misma doctrina de la que parten las anteriormente citadas, toma como día inicial del cómputo aquél en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido y cuantificar con claridad y precisión, como exigen los arts. 253 y 254.4 LEC, y resulta del art. 219 al tratar de las sentencias con reserva de liquidación, la indemnización pretendida, ya que el daño es mayor si se incapacita para todo tipo de trabajo que si sólo se incapacita para determinados trabajos. Así ocurre en las SSTS de 1 de febrero y 20 de septiembre de 2006, y 22 de julio

de 2008. (STS de 7 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—La sentencia extractada se relaciona asimismo con la establecida por SSTs de 15 y 19 de octubre de 2009 (relativas, respectivamente, al accidente laboral ocurrido en el tendido de una línea eléctrica, y en una colisión de vehículos). Por otra parte, invocando la sentencia del Pleno de Magistrados de esta Sala de 29 de abril de 2009 (REC. 325/06) en un caso de apreciación de caducidad por el Tribunal de segunda instancia, acuerda devolver las actuaciones a la AP para que resuelva sobre el fondo, una vez rechazada la prescripción. Cabe preguntar si, ocurrido el accidente en 1996, y tras un *calvario hospitalario* padecido por el accidentado al que alude la sentencia y después de otro *peregrinaje jurídico* de ocho años, parece razonable devolver los autos al Tribunal inferior para que se cumpla una solución jurisdiccional cuya bases firmes están ya puestas. ¿No sería más equitativo que la Sala resolviera ya sobre el fondo? (G. G. C.)

**56. Culpa extracontractual: Responsabilidad médica y sanitaria: Transporte de enfermo en ambulancia medicalizada: Daño desproporcionado: No hubo demora: Necesidad de tratamiento neuroquirúrgico inmediato, conocida «in itinere»: Fallecimiento del enfermo: Irresponsabilidad.**—El caso, tal y como se relata por el recurrente, puede ser inicialmente alarmante para quien, sin más datos, advierte un retraso no justificado en términos médico legales y clínico asistenciales, en cuanto existe, en apariencia, una demora considerable en la prestación de un servicio sanitario a un paciente, consistente en el traslado en ambulancia de un Hospital a otro por razón de las lesiones sufridas a consecuencia de una caída. Ocurre, sin embargo, que al someterlos a la necesaria contradicción y prueba se advierte en qué circunstancias y en qué tiempo ocurrieron, y esto es suficiente para descartar tanto la consideración del daño como desproporcionado como para no apreciar la concurrencia de los requisitos del art. 1902 CC.

El daño desproporcionado no es un criterio de imputación vinculado, sin más, a un resultado generado en la esfera de acción del demandado, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente; obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando, o haciendo surgir una deducción de negligencia; explicación que en el caso ha dado de forma suficiente y motivada la sentencia. Estamos ante los riesgos que comporta un sistema que no ha permitido hacer efectiva una atención sanitaria en el tiempo exigido por las circunstancias del paciente, debido a las lógicas limitaciones o a la escasez de recursos que se han puesto en evidencia, al impedir acometer la solución en origen y trasladarla a un centro hospitalario distinto, retrasando la asistencia médica que precisaba tras sufrir una caída. Ahora bien, estas carencias no permiten poner a cargo de los demandados el daño sufrido.

No se cuestiona que pudiera haberse adoptado una solución médico asistencial distinta, como tampoco la actuación del Hospital de Calella o la prestación de un servicio médico inadecuado. Lo que se ha cuestionado es la tar-

danza en el traslado del paciente por parte de los demandados y es evidente que, con los datos de prueba de la sentencia, no es posible exigir responsabilidad alguna a quienes pusieron a su alcance los medios necesarios para hacer efectiva la prestación interesada, en un tiempo y en unas circunstancias razonables. En efecto, la conducta de los demandados comienza a valorarse no a partir del momento en que se produjo la caída, sino desde que el Hospital en que ingresa toma conocimiento de la necesidad del traslado en ambulancia medicalizada hasta que se produce, teniendo en cuenta la disponibilidad de una ambulancia de estas características y el tiempo que se tarda en recorrer el trayecto desde Calella a Barcelona. Dice la sentencia recurrida: 1.º) La decisión de que el traslado fuera medicalizado fue prudente; 2.º) no fue un traslado urgente sino un traslado medicalizado en atención a los antecedentes patológicos del paciente y al criterio preponderante de hacerlo en condiciones de seguridad y no de rapidez, que se cumplimentó en un tiempo que no se estima excesivo ni desproporcionado; 3.º) que en ningún momento se cuestionó la actuación del facultativo que recogió al paciente del hospital, o que el Hospital de Calella preguntara en múltiples ocasiones por el traslado.

La necesidad de tratamiento neuroquirúrgico inmediato no era conocida cuando se le recoge en la ambulancia, pues este conocimiento se alcanza con el TAC que se practica posteriormente, por lo que no es posible apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos-asistenciales cuando no podía preverse racionalmente el resultado final acontecido, como tampoco es posible cuestionar el diagnóstico inicial a partir de la evolución posterior del paciente con evidente infracción de la prohibición de regreso que pudiera servir como causa (SSTS de 14 y 15 de febrero y 7 de mayo de 2007, y 10 de junio de 2008).

No existe, por tanto, un hecho que pueda reprocharse a los facultativos o al personal integrante del Hospital demandado, ni esta responsabilidad puede trasladarse a la entidad Asistencia Sanitaria Colegial, vinculada con los referidos agentes sanitarios, en la medida en que la sentencia también descarta que pueda serle exigida por hechos que no son directamente imputables a la organización o al desarrollo de su actividad, ya con base en el art. 1903.4 o en el 1902, ambos del CC. (STS de 18 diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se acepta en casación la relación de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial que se inserta con precisión cronológica en el FD1.º; a) El 21 de abril de 2002, con ocasión de encontrarse D. Rómulo en un acto político de la localidad de Santa Susana, sufrió una caída, siendo trasladado al Hospital de Calella en donde ingresó a las 18,33 horas; b) Tras las primeras exploraciones se diagnostica traumatismo casual, sin lesiones traumáticas y con un Glasgow 15; c) Según los informes médicos el paciente tenía los siguientes antecedentes: hipertensión arterial, dos episodios de isquemia cerebral transitoria, astrocima cerebral grado II estirpado hace 13 años, con tratamiento posterior de radioterapia con secuelas de hemiplejia izquierda, con dificultades motoras que le ocasionaban frecuentes caídas, seguía tratamiento con *doxazosina*, *ciopidogrel*, *carbamacepina* y *fenitoína*; d) Al parecer, y al no conseguir una ambulancia medicalizada por parte del SEM, el Hospital de Calella se dirigió al Hospital de Barcelona, recibíendose llamada en tal sentido a las 20,30 horas, asumiendo este último la

tarea de coordinar el servicio de ambulancia en los términos solicitados (UCI móvil); e) El Hospital de Barcelona se dirigió a la entidad «Ambulancias de Barcelona», manifestando ésta que el facultativo no estaría disponible hasta las 21,30, recibiendo orden de continuar con la preparación del servicio; f) El paciente a las 20,15 inició vómito, descendiendo a un *Glasgow* 14, a las 20,30 se mareó mientras se le practicaba un electroencefalograma, y a las 21 horas ingresó en box para control con monitor; g) La ambulancia recogió al paciente a las 23,15 iniciando el viaje a Barcelona, deteniéndose en la Clínica de Remei para la práctica del TAC, dado que el de Barcelona estaba averiado, ingresando en el último Hospital con un *Glasgow* 4; h) El TAC reveló que el paciente había sufrido un extenso hematoma subdural agudo del hemisferio derecho, procediéndose a practicar una craneotomía, sin conseguir la recuperación del latido cerebral ni la reexpansión encefálica, falleciendo a las 12 horas del 7 de mayo siguiente. La demanda se interpone contra el Hospital de Barcelona y la Cooperativa a la que pertenece, así como contra la Asistencia Sanitaria Colegial de la que dependen los médicos de Calella, la empresa de Ambulancias y las respectivas entidades aseguradoras. El Juzgado de Primera Instancia condena a todos los demandados a abonar la suma de 153.249,75 euros. Pero la Audiencia Provincial estima la apelación y los absuelve. La familia interpone el recurso de casación.

NOTA.—Sorprende en esta sentencia esa singular «concesión a la galería» con que se inicia la argumentación desestimatoria del recurso. ¿Hubo algún *clamor social* sobre el mal funcionamiento de la sanidad en Cataluña con ocasión de este hecho luctuoso? La sentencia pronunciada varios años después no parece que estuviera obligada a hacerse eco del mismo. También extraña que se haga, *obiter dicta*, una apreciación culpabilista del funcionamiento del sistema sanitario en el caso (de carácter, en apariencia, privado), admitiendo que se da un resultado desproporcionado, para, a continuación, declarar la irresponsabilidad de los demandados, evidentemente, por haber planteado la parte actora con desacierto la legitimación pasiva del proceso. ¿Quiere decir que si la demanda se hubiera dirigido debidamente, *esta Sala* hubiera declarado su culpabilidad? ¿Habría por tanto, en cierto modo, alguna responsabilidad por parte de la dirección letrada? (G. G. C.)

**57. Culpa del personal sanitario: Graves secuelas padecidas por un bebé tras ser intervenido quirúrgicamente de estenosis pilórica: Inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor: Responsabilidad de ATS por omisión de vigilancia en el posoperatorio.**—El caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencia que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad; pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los proponentes lo que no se da en la presente situación. En ningún caso se aplica contra la ATS la responsabilidad objetiva, ni se la condena por el simple resultado; se la responsabiliza porque omitió la vigilancia que era necesaria en la atención del menor, a partir de una situación que conocía y asumía puesto que en un proceso de extravasación del suero que se produce

en un lapso de tiempo entre media hora y tres horas, fue incapaz de percibirse de la sintomatología clínica, conforme resulta de la prueba; omisión que se vincula fatalmente con el grave resultado lesivo.

**Irresponsabilidad de la médico de guardia.**—En el ámbito de la prestación sanitaria, de cuidado al enfermo en centros hospitalarios, los Ayudantes Técnicos Sanitarios son responsables de sus propias acciones, en función de su actividad profesional y de su experiencia entre las cuales está la de dirigir y evaluar los cuidados propios de su competencia controlando y observando a cada paciente bajo su cuidado, identificando, en suma, las necesidades de cada uno de ellos, y adoptando las medidas pertinentes hasta poner en conocimiento del médico las anomalías o deficiencias que observe en el desarrollo de la asistencia. La desatención de dichas obligaciones es lo que sirve a la sentencia para establecer la responsabilidad de la ATS y negar la que se exige a la médico, desde el momento en que pone a su cargo el riesgo que para el bebé instalado en un nido supuso la desatención de la vigilancia directa y continuada y la consecuente omisión de las incidencias que se produjeron en el posoperatorio por no advertir a tiempo el inadecuado proceso de extravasación del suero, que duró varias horas, las suficientes para advertir la existencia de obligaciones que no son del médico cuya responsabilidad empieza y acaba en funciones distintas de la cuestionada.

**Prescripción de la acción: *Dies a quo*: Doctrina constitucional.**—Según reiterada jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> TS el plazo de prescripción de un derecho a exigir responsabilidad civil no comienza a correr sino desde que se produzca la notificación del archivo de la causa penal ( SSTS de 30 de junio de 1993, 25 de marzo de 1996, y 11 de octubre de 2007, entre otras muchas). El Tribunal Constitucional en sentencias 89/99 y 298/00 se funda, principalmente, en la relevancia el art. 270 LOPJ en relación con los arts. 108, 109 y 114 Lecrim que puede resumirse en dos argumentos esenciales: 1.º el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones penales constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; y 2.º, que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles. (STS de 1 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**58. Culpa médica: La esterilidad femenina como enfermedad crónica: Responsabilidad de medios: Doctrina general sobre medicina satisfactiva: Tratamiento de infertilidad seguida de infarto.**—En principio, y sin perjuicio de las características de cada caso, la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea, lo hace impulsada por un estado patológico que pretende corregir en cuyo tratamiento puede verse afectada la salud, pero sin que el resultado sea una consecuencia necesaria del mismo. La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo—azoospermia y déficit de maduración ovular—ambas generadoras de incapacidad de reproducción, no es posible mantener la distinción entre obligación de medios y de resultados, salvo que el resultado se pacte o de garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no sólo físico,

en la que se incluye el desarrollo de capacidades como la de tener un hijo, previniendo y solucionando problemas de salud reproductiva. La OMS definió la esterilidad como una enfermedad crónica, que configura el derecho fundamental de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad con arreglo a los medios disponibles actualmente en Medicina reproductiva, que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y dar a luz de forma segura.

**La responsabilidad del profesional médico por lo general es de medios.**—Como tal no puede garantizar un resultado concreto; obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteración de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuando en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propio de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS de 12 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2009).

**Relación de causalidad.**—No se llegó a determinar en la instancia que la causa del infarto isquémico fuera un síndrome de hiperestimulación ovárica. La única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial y se vincula a una reacción farmacológica adversa, resultado de la medicina administrada para la estimulación de los ovarios, cuya aparición desconocían los propios facultativos que cumplimentaron la información en los términos en que era conocido el riesgo, en el que no estaba el ictus, como declara probado la sentencia de instancia, lo que impide que pueda atribuírsele un resultado distinto del esperado, fuera de su campo de actuación.

**Información adecuada de la paciente.**—La paciente fue debidamente informada, y si no lo fue del posible ictus ello fue debido a que su aparición, como efecto secundario de los medicamentos suministrados, la desconocían los propios facultativos, dado que la información suministrada en el prospecto español del preparado farmacéutico *Neo-fertinon* carecía de la exhaustividad de la suministrada en el prospecto americano, omitiendo entre los posibles efectos secundarios los graves problemas cardiovasculares, como el ictus, siendo suficiente la proporcionada sobre los efectos adversos del tratamiento y de la propia hiperestimulación provocada.

**LGDCU.**—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la LGDCU no afecta a los actos médicos propiamente dichos, sino únicamente en relación con los actos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, aspectos que no han

sido cuestionados en la sentencia recurrida (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007 y 4 de junio de 2009). (STS de 20 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El tratamiento de fertilidad se inicia por la actora en marzo de 1977 y el infarto se produce el 25 julio del mismo año. Desde entonces la enferma está sometida a un tratamiento de rehabilitación que, al parecer, todavía continúa. No se plantea el tema prescriptivo porque todavía no está dada de alta definitiva. En su demanda aquélla reclama una indemnización de 80 millones de pesetas adicionados con los gastos originados por la rehabilitación que está realizando en Barcelona, debiendo trasladarse cuatro veces al año desde su domicilio de Zaragoza. La demanda es desestimada en ambas instancias. Entre los hechos probados sorprende esa falta de concordancia entre las instrucciones redactadas en inglés y en español del medicamento, que se le administró y que parece desencadenó el *ictus*. Pero la reclamación contra el expendedor y el fabricante, con base en la deficiente información española del producto farmacéutico norteamericano vendido aquí, estaría probablemente prescrita, para ejercitar en su contra, las acciones con base en la legislación consumerista. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial se dictan, respectivamente, en 2004 y 2005. (G. G. C.)

**59. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Lesiones corporales con secuelas: Fallecimiento prematuro de la víctima: Cuantía de la indemnización.**—El Juez, en el momento de fijar la cuantía de la indemnización, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración, criterio que debe entenderse aplicable en el caso de indemnizaciones concedidas por la ley como finalistas (en caso de gran invalidez, necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo). El fallecimiento prematuro del perjudicado no es suficiente para excluir la indemnización en el momento de su fijación por el hecho de no haberse podido disponer de ella con la finalidad prevista, salvo que se pruebe que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto. En efecto, el carácter finalista de las indemnizaciones no impone, según el Texto Refundido de 2004, limitaciones sobre su empleo en beneficio del perjudicado ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y, en consecuencia, no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé expresamente en la ley o concurren circunstancias excepcionales.

La aplicación de esta doctrina conduce a las siguientes consecuencias: a) Las indemnizaciones concedidas por secuelas, por perjuicios económicos y por daños morales complementarios no resultan afectadas por el fallecimiento posterior de la víctima; b) En cuanto a la indemnización por perjuicios morales a familiares, la sentencia recurrida extiende la fijación de la indemnización al hecho de no haberse prolongado mucho tiempo la situación especialmente gravosa que para los familiares derivaba de la prestación de

los cuidados especialmente intensos, por lo que la solución aplicada es conforme con la doctrina anteriormente fijada, y lo mismo debe entenderse con la necesidad de ayuda de terceras personas, pues la sentencia recurrida, para fijar la cuantía de la indemnización, tiene en cuenta que la víctima falleció a los dos años del siniestro; c) En cuanto a las indemnizaciones por adecuación de la vivienda y del vehículo, se tiene en cuenta la relevancia de la no-prolongación de la situación de minusvalía de la lesionada, aunque valora que se ocupó otra vivienda especialmente adaptada para minusválidos.

**Intereses del artículo 20.8.º LCS.**—El recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. Según jurisprudencia reiterada hay causa justificada por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de la cobertura del siniestro o del importe de la indemnización que debe satisfacerse, siempre que se haya consignado o abonado el importe mínimo. El recargo se aplica cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación (SSTS de 17 y 18 de octubre de 2007, y 6 de noviembre de 2008). En el presente caso no constituye causa justificada para la falta de consignación el hecho de que pudieran existir dudas en cuanto a la concurrencia de culpa entre los conductores.

**Tipo de intereses por mora de la aseguradora.**—Esta Sala 1.ª del TS en pleno, en sentencia de 1 de marzo de 2007, ha sentado por razones de interés casacional a efectos de unificación de jurisprudencia, la siguiente doctrina: 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 de dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 por cien. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma siempre que supere el 20 por cien, con un tipo mínimo de 20 por cien, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. Esta jurisprudencia ha sido aplicada en sentencias posteriores (entre las que pueden citarse sentencias de 11 de diciembre de 2007, 1 de julio y 26 de noviembre de 2008, y 6 de febrero y 19 de mayo de 2009) (**STS de 10 de diciembre de 2009**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

NOTA.—Es sabido que conforme al baremo de daños coporales en materia de accidentes de circulación, es menos gravoso para la aseguradora indemnizar un fallecimiento que lesiones con secuelas graves derivadas del accidente. En el presente caso no se discute el supuesto académico sobre la relación de causalidad entre el daño y la muerte posterior del perjudicado, sino que la lesionada, de 61 años, en un accidente de circulación, fallece dos años más tarde por causas ajenas al mismo. El TS maneja el extraño concepto de *fallecimiento prematuro* de la víctima, excluyendo la existencia de enriquecimiento injusto de los familiares, debido a que la muerte había ocurrido ya al dictar sentencia fijando las cuantías indemnizatorias y al carácter finalista de las mismas (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**60. Interrupción de la posesión por citación judicial: Efectos.**—El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos de buena fe (art. 451 CC), pero «el que siga o no haciéndolos suyos, tras la interrupción de la posesión por su citación judicial (art. 1945 CC), dependerá del resultado del proceso», ya que si pierde la posesión como consecuencia del mismo «no podrá hacer suyos los frutos producidos tras la citación judicial, sin que por ese mero hecho pueda ser considerado poseedor de mala fe». El acto de conciliación previo no seguido de la interposición de la demanda en un espacio de dos meses no surte los efectos de la interrupción civil de la posesión, sino el efectivo emplazamiento posterior (artículo 1947 del Código Civil). (**STS de 15 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad demandante ejercitó acción declarativa del dominio, acción reivindicatoria y acción de rectificación registral frente a varias comunidades de propietarios de fincas colindantes edificadas junto a la que es objeto del litigio. Se ejercitó además una acción de restitución de los frutos y rendimientos obtenidos por las demandadas, como poseedoras de mala fe. En Primera Instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó parcialmente el recurso interpuesto: declaró la propiedad de la demandante, su derecho a recuperar la posesión y a la rectificación registral, pero rechazó la pretensión de restitución de los frutos por considerar que no existió mala fe en la posesión por las demandadas. En casación, hubo lugar a la revocación de la sentencia anterior en este último punto. (*C. J. D.*)

**61. Actio communi dividundo y Registro de la propiedad.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que los principios de legitimación registral y de fe pública registral «no alcanzan a las situaciones de hecho». La acción de división recae sobre la cosa real objeto de propiedad, coincida no la finca con la superficie inscrita en el Registro de la propiedad: Éste podrá rectificarse mediante el correspondiente procedimiento, «pero no a través de la acción de división». (**STS de 2 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El origen del conflicto que da lugar al recurso de casación surge cuando el demandado por una acción de división de la cosa común, ni se allanó ni formuló reconvencción, sino que —aceptando la división—introdujo «una serie de confrontaciones fácticas» que llevaron a la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia de instancia matizando «que la finca objeto de la acción de división de cosa común deducida en esta litis, es la existente en la realidad física, con independencia por ello del dato que referido a su superficie figura en su inscripción en el Registro». Entiende la parte recurrente en casación que esta afirmación es contraria a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley hipotecaria, motivo que es desestimado por el Tribunal Supremo. (*C. J. D.*)

**62. Acción de división de la cosa común.**—Está contemplada en el artículo 400 CC como una facultad que se integra en el derecho de propiedad, cuando éste tiene pluralidad de sujetos. Como recuerdan las SSTS de 7 de julio de 2006 y de 27 de marzo de 2009, nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad que es contemplada con disfavor por el ordenamiento español y concebida como un estado transitorio. El ejercicio de esta acción va dirigido a que, cuando no se llega a un acuerdo entre los copropietarios para proceder a la división, por vía judicial se resuelva, no ya la división, que es indiscutible, sino el modo de practicarse. La *actio communi dividundo* tiene la función de cesar la comunidad y no cabe que se divida una parte y se mantenga la indivisión en otra; no es admisible una división parcial (SSTS de 26 de septiembre de 1990 y 17 de noviembre de 2003).

**Indivisibilidad de la cosa común.**—La indivisibilidad de la cosa puede ser física o jurídica o por resultar inservible para el uso al que se la destina o por desmerecer su valor. Existe indivisibilidad jurídica cuando por la normativa vigente no se pueda dividir la cosa o ésta pierda todo o parte sustancial de su valor.

**División de la cosa común en caso de indivisibilidad.**—Tal como dice la sentencia de 10 de enero de 2008 y reproduce la de 27 de marzo 2009, para el Código Civil la división comprende la división material y la división en sentido jurídico. La acción de división es única, la indivisibilidad de la cosa no excluye la división, ya que esta puede ser material (adjudicándose cada parte una porción de la misma) o económica (mediante la venta y reparto del precio), lo que prevé tanto el artículo 404 como el 1062 CC (STS de 7 de julio de 2007). (STS de 15 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Las demandantes, copropietarias de una finca urbana, piden la división económica de la cosa común por considerar que ésta es indivisible. La copropietaria demandada sostiene que el inmueble es divisible. La sentencia de Primera Instancia acepta la propuesta de la demandada y acuerda la división de la finca en cuatro parcelas. Tres de ellas, con una cabida de 172 m<sup>2</sup>, se adjudican a cada una de las tres actoras y una cuarta parcela, con una cabida de 100 m<sup>2</sup> cuadrados, se atribuye a la demandada debiendo compensar ésta a las actoras por los 31.25 m<sup>2</sup> que exceden de la proporción que le corresponde. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia recurrida y considera que existe indivisibilidad jurídica de la cosa común, puesto que las normas urbanísticas municipales no permiten una edificación inferior a los 100 m<sup>2</sup> que es superior a la proporción que le corresponde a la demandada en la cosa común. Afirma la Audiencia que no es posible que judicialmente se le atribuya a una de las copropietarias una porción mayor a la que le corresponde conforme a su cuota, aunque se establezca una compensación económica. La sentencia de la Audiencia decreta la división del inmueble mediante venta en pública subasta y consiguiente reparto del producto entre los condueños, en proporción a sus respectivas cuotas. La copropietaria demandada presenta un recurso de casación. (L. P. sentencia M.)

**63. Doble inmatriculación. Adjudicación de la misma finca a diferentes rematantes en procedimientos judiciales distintos. Adquisición de la propiedad. Aplicación de la teoría del título y del modo del artículo 609 CC.**—La cuestión a decidir no consiste en la aptitud de la subasta judicial como título traslativo del dominio, sino en si ese título es suficiente por sí solo para entender adquirida la propiedad o si, por el contrario, es necesario además un modo o tradición para dar cumplimiento a lo exigido en el art. 609 C.C. En los casos como el planteado la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del referido precepto, exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o cesionario del remate (SSTS 29 de julio de 1999, 1 de septiembre de 1997 y 10 de diciembre de 1991). Y así, después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del auto de aprobación del remate conforma la operación del acto procesal enajenatorio; de suerte que la entrega de este testimonio es el acto verdaderamente constitutivo de la tradición. **(STS de 2 de diciembre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Julián interpuso acción reivindicatoria contra D.<sup>a</sup> Silvia y D. Iñigo, reclamando la declaración de propietario de la finca rústica objeto del pleito y su entrega al actor. La finca litigiosa había sufrido una doble inmatriculación registral, originándose el litigio porque el actor resultó adjudicatario en un juicio ejecutivo, mientras que los demandados también habían sido cesionarios del remate pero en un juicio hipotecario. El demandante había obtenido el título de adjudicación antes que los demandados, pero el auto de aprobación del remate se había producido con posterioridad a los de éstos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Lleida desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación del actor. (*L. A. G. D.*)

**64. Propiedad horizontal. Modificación del título constitutivo de la división horizontal. Teoría del título y del modo.**—Citando doctrina jurisprudencial consolidada (en este sentido, entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1975, 27 de febrero de 1987, 30 de marzo de 1999, 25 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2004), el Tribunal Supremo declara que, en virtud de la teoría del título y del modo, para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que también se precisa la concurrencia de la tradición (arts 609 y 1095, inciso segundo, CC). Dado que la mera formalización en documento privado de un contrato de compraventa de un inmueble no genera tradición instrumental, tampoco implica, por sí sola, la efectiva transmisión patrimonial. De la letra de los párrafos 2.º y último del artículo 5 LPH se deduce que la propiedad horizontal —en orden a la fijación de las cuotas de participación y en caso de modificación del título— se constituye o bien por el propietario único o bien por los copropietarios; pero no por aquel sujeto que haya comprado pero no haya adquirido el derecho de propiedad, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición simbólica o real). De esta manera, al seguir siendo el vendedor —y no los compradores— el único propietario del inmueble, será exclusivamente éste quien pueda llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública de constitución o la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. **(STS de 11 de diciembre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por el presidente de una comunidad de propietarios, contra la promotora inmobiliaria vendedora de los inmuebles. Se pretende la nulidad de la cláusula contractual por la que los compradores autorizan a la vendedora a otorgar y modificar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio y la división de las correspondientes cuotas de participación.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, por considerar abusiva dicha cláusula contractual.

La demandada interpone recurso de apelación, que es estimado parcialmente, dado que la Audiencia Provincial reconoce la facultad de la vendedora para modificar los Estatutos en tanto no haya operado la tradición.

Interpuesto recurso de casación por parte del demandante, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a éste y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (G. M. A.)

**65. Propiedad horizontal. Atribución del uso exclusivo de un elemento común a uno de los miembros de la comunidad de propietarios.**—Dado que la superficie de los bajo cubierta constituye un elemento común, puesto que no se individualizó en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y teniéndose en cuenta que el vendedor ya había celebrado diversos contratos de compraventa con anterioridad al otorgamiento de escritura de división horizontal, la cesión del uso de tal elemento común, para ser válida, debió haber sido autorizada por acuerdo adoptado por la junta de propietarios —y no por el vendedor—, sin que en modo alguno pueda considerarse equivalente a dicha decisión conjunta la aceptación tácita individual que realizase el comprador al celebrar un contrato de compraventa en el que se hacía referencia a la reserva a favor de la constructora de la facultad de atribuir el uso de este elemento común y de transmitir dicha reserva. Las personas a quienes la constructora transmitió tal elemento común no están amparadas en el artículo 34 LH, puesto que la constructora no disponía de facultades para realizar dicha transmisión.

**Prescripción de la acción: ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Artículo 7.1 CC.**—Según doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 17 de febrero y 11 de marzo de 1999), quien puede ejercitar una pretensión es dueño de hacerlo o no mientras la acción se mantenga viva, sin que se le pueda obligar a hacerlo ni imponersele el cuándo. No se contravienen las normas de la buena fe ni la prohibición de ir contra los actos propios cuando la acción es esgrimida transcurridos unos pocos meses desde la realización de la obra en el elemento común por los codemandados.

**Incongruencia por alteración de la causa petendi. Artículo 218.1.2.º LEC.**—La incongruencia de una sentencia únicamente se producirá cuando su fallo conceda algo distinto de lo pedido, cuando recaiga sobre un debate diferente del promovido por los litigantes o cuando contenga contradicciones en los fundamentos de derecho constitutivos de su ratio. Por tanto, no cabe denunciar la incongruencia respecto de aquellos fundamentos dictados con carácter de *obiter dicta* (entre otras, STS de 2 de febrero de 1998). (STS de 23 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por el presidente de una comunidad de propietarios, contra la entidad constructora, vendedora de los inmuebles, y contra una serie de usufructuarios de los bajo cubiertas del conjunto residencial. En la demanda se solicita la nulidad de la cláusula de la escritura constitutiva de la propiedad horizontal en la que la constructora se reserva la facultad de atribuir el uso de esta superficie y de transmitir dicha reserva.

Tras la desestimación de la demanda, la actora recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, declarando la nulidad de tal cláusula.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, confirmando así la sentencia recurrida. (*G. M. A.*)

**66. Propiedad Horizontal. Título constitutivo. Estatutos de la Comunidad. Elementos comunes. Alteraciones en la fachada.**— En la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

**Propiedad Horizontal. Modificación de Estatutos. Unanimidad.**— Cuando el acuerdo para la modificación de Estatutos de la Comunidad no ha sido tomado por unanimidad, tales Estatutos carecen de validez jurídica en virtud de la unanimidad exigida por el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. (**STS de 28 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal interpuso demanda contra el propietario de un local comercial del edificio, solicitando que se declarase la ilicitud de las obras hechas por el demandado en su local comercial por ser contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios y la Ley de Propiedad Horizontal, y se le condenara a la restauración a su estado original de todos los elementos comunes afectados por las labores verificadas en el establecimiento, y, en el supuesto de que pretenda realizarlas, lo ponga previamente en

conocimiento de la Comunidad para su aprobación, más el apercibimiento de que, en caso de no retirar las obras efectuadas, ello podrá ser efectuado por la demandante a costa del demandado.

El Juzgado rechazó la demanda con base en que la Comunidad actora no puede prohibir la realización de las obras, al ser conformes con lo establecido en el Título Constitutivo, entendiendo que los Estatutos han de interpretarse en el sentido de completar, suplir o desarrollar lo recogido en dicho Título sin contradecirlo, y la añadidura de que es contrario a la buena fe y constituye abuso de derecho que una serie de propietarios, por razones de mera conveniencia, obligaran a otro a destinar el local de negocios adquirido con unas determinadas expectativas comerciales, concretamente un Bar-Cafetería, a la actividad que les pueda resultar más cómoda a aquéllos; y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia, que reiteró los argumentos de la de primera instancia y señaló que el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal no tiene carácter imperativo.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. R. D. R.*)

**67. Propiedad Horizontal. Estatutos de la Comunidad. Elementos comunes. Diferencia entre locales de negocio y pisos.**—En la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

Por otra parte, es lógica la pretensión de que los locales guarden relación con el edificio en que se ubican, pero no es posible impedir sin más por la comunidad que los dueños coloquen letreros o carteles en su propio negocio.

Es evidente la necesidad de emplazar letreros en los establecimientos comerciales; si se instalan en la parte del propio local, en los huecos de los escaparates, en las ventanas, etc., no cabe la prohibición, pues la explotación comercial, con el consiguiente reclamo, llamamiento al público y publicidad, es inherente al propio negocio; la salvedad a esta posición puede tener lugar cuando los letreros atenten contra la estética del edificio o perjudiquen a otro propietario, así sucede, por ejemplo, en el supuesto de que en un inmueble

clásico se coloque un letrero voluminoso con signos orientales u otros similares, lo que, en definitiva, supondría un cambio significativo.

Igualmente ocurre con la apertura de huecos, puertas, modificaciones y embellecimientos en la fachada

Es perfectamente posible establecer en los Estatutos comunitarios normas que permitan la libre modificación de los locales, siempre que no perjudiquen a otros propietarios o alteren los elementos comunes cuyo uso, provecho o afección abarque al conjunto de la comunidad.

**Propiedad Horizontal. Normas imperativas. Modificación de cuotas.**—La facultad de modificación de cuotas de propietarios en régimen de propiedad horizontal no compete al propietario del local que haya efectuado la segregación o agrupación, sino a la Junta de Propietarios, por imposición del artículo 8.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.

**Modificación de elementos privativos.**—El artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que «el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quién represente a la Comunidad»; de este precepto se deduce que todo el espacio que se encuentre en el interior de la superficie asignada a cada propietario se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; aparte de esta salvedad, no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, se efectúe una redistribución interior, se decore interiormente como mejor parezca al titular y se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros; amén de lo hasta ahora manifestado, el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que « en el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde al dueño de cada piso o local: a) el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado» (STS de 15 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal interpone demanda contra la constructora, solicitando: La nulidad de pleno derecho del artículo 11 de los Estatutos de la Comunidad, según el cual, «(...) De acuerdo con lo establecido en la escritura pública de constitución de la propiedad horizontal de esta comunidad, los propietarios de los locales de uso comercial, podrán, en aplicación del estatuto jurídico escriturado, por sí solo, en cualquier momento, presente o futuro, realizar lo siguiente: 1.º Segregar los locales para formar fincas independientes, así como hacer agrupaciones y agregaciones entre ellos y entre los que resulten de las segregaciones, distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie, sin que en ningún caso altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, ni se alteren por ello las cuotas de los restantes propieta-

rios. 2.º Abrir huecos, modificar y embellecer la fachada de la parte correspondiente a su local cuantas veces lo consideren oportuno. 3.º Abrir huecos en la fachada a fin de dar acceso independiente a los que resultan de las operaciones anteriormente expresadas. 4.º Establecer en la parte de fachada que les corresponda, marcos, anuncios luminosos o no, reclamos y letreros en la forma y medida que autoricen las ordenanzas municipales, en horizontal o vertical, pero cuya altura no exceda ni rebase el suelo de la primera planta alta del edificio; igualmente podrán establecer tuberías, torres de recuperación y en general todo tipo de instalaciones precisas para la calefacción, ventilación y acondicionamiento de aire de sus locales por los conductos verticales reservados al efecto, cuyos elementos y conductos podrán conservar, reparar y renovar en cuantas ocasiones consideren convenientes. 5.º Todas las obras anteriormente citadas habrán de ser supervisadas por personal técnico, no afectarán a la seguridad del edificio y se realizarán a costa de los titulares de los locales, debiendo notificarse aquellas previamente a la Junta de la Comunidad. 6.º Los propietarios de los locales y los futuros propietarios de los mismos, sitos en la planta baja, podrán dedicar estos a la actividad que libremente determinen y sea aprobada por el organismo competente. Queda sin embargo prohibido desarrollar en los locales actividades no permitidas por las leyes, dañosas para la finca, peligrosas, incómodas o insalubres según se establece con carácter general en estos estatutos».

Asimismo, la Comunidad de propietarios ejerció acción de cesación respecto a la instalación de aire acondicionado en la cubierta del edificio, más el abono de daños y perjuicios, por entender que la citada norma contradice las reglas imperativas contempladas en la Ley de Propiedad Horizontal, en especial del artículo 7.1, según el cual está prohibida la alteración de los elementos comunes de la Comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda, al considerar que la pauta estatutaria contradice la norma imperativa de la indicada Ley, y afecta a los elementos comunes, lo que requiere la autorización de la Comunidad de Propietarios; y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, en relación al pedimento primero, con la declaración de nulidad de la parte de la regla referida a la distribución de cuotas asignadas a los locales, tras la segregación y adjudicación, con el mantenimiento de la condena a retirar la instalación de aire acondicionado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. R. D. R.*)

**68. Propiedad horizontal. Elementos comunes y privativos. Obras en fachadas en locales comerciales.**—Como sentaron las SSTS de 15 y 21 de octubre de 2009, en la aplicación del artículo 7 LPH no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, pues los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica

más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros. Ninguna norma de la Ley de Propiedad Horizontal establece, como derecho necesario, la prohibición de que los locales de un complejo residencial no puedan tener accesos a la calle, bien directos o por medio de las zonas comunes.

**Obras en terrazas a nivel. Admisibilidad.**—En principio, todo aquello que se encuentre en el interior de la superficie que cada titular tiene asignada se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; fuera de esta salvedad no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, y que se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros.

Se denominan terrazas «a nivel» aquellas que son continuación de los pisos y locales, singularmente de los primeros, y que forman parte de las viviendas; en términos generales, están consideradas de propiedad privada. (STS de 11 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del Complejo Residencial D. interpuso demanda contra V., *sentencia A.*, propietaria de más de la cuarta parte de las fincas del Complejo así como su promotora inmobiliaria, solicitando se declarara que había invadido y convertido en espacios privativos, sin autorización de la Comunidad, tres superficies comunitarias para incorporarlas al Auditorium y al gimnasio de la demandada, y se la condenara a derruir dichas obras; o que subsidiariamente se declarara la modificación de los coeficientes de participación en gastos generales y particulares del Auditorium, locales del sótano y garajes; se le condenara a la retirada de diversos accesorios (entre ellos un cartel comercial) y al cese de las obras en la fachada y a la restauración de las terrazas y ventanas que pudiera haber modificado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando haber lugar a la modificación de los coeficientes de participación en gastos y condenando a V., *sentencia A.* a la restitución de la fachada del jardín del salón del aparthotel, la retirada del letrero comercial, y el cese de las obras en la fachada y restauración a su estado original de las terrazas y ventanas que pudiera haber modificado, y absolviéndole de los demás pedimentos en su contra. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el de la demandante y estimó parcialmente el de la demandada, revocando parte de la condena de la sentencia de instancia. Contra esa sentencia, la Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**69. Responsabilidad civil del propietario del piso o local por actos de sus ocupantes.**—No cabe en absoluto entender que, tras los cambios introducidos en la Ley de Propiedad Horizontal en el año 1999, los propietarios de los pisos, locales u otras divisiones de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal ya no responden de los actos de aquellos que ocupan su propiedad. Desde luego no equivale a una supresión de la responsabilidad de los propietarios por los actos dañosos de sus ocupantes el cambio experimentado por el artículo 9.1.g) LPH, que ha pasado de establecer una responsabilidad del propietario «por las infracciones cometidas por el que ocupe su piso», a una responsabilidad ante los demás titulares «por las infracciones cometidas y los daños causados». La eliminación en dicha letra g) de la referencia al ocupante de la vivienda o local simplemente supone adaptar dicho apartado al contenido global del citado artículo 9, ya que este precepto se refiere a las obligaciones de cada propietario y no a las obligaciones de terceros ocupantes del piso, a quienes no alcanza la responsabilidad por hechos contemplados en la norma, salvo en sus relaciones con el titular del piso o local. De este modo, las consecuencias de los actos de los inquilinos u ocupantes pueden hacerse repercutir en los dueños en virtud del carácter real o *propter rem* que poseen todas las obligaciones del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, y no en el infractor. El sujeto responsable frente a la comunidad del cumplimiento de tales obligaciones es siempre el dueño del piso o local, aunque la relación jurídico-procesal pueda integrarse también con el autor material de las obras, por ser a aquel y no a éste último a quien corresponde llevar a cabo las obras de reposición, si el infractor no lo hace o deja de ocupar el piso o local. (STS de 18 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un determinado edificio interpone demanda de juicio de menor cuantía contra dos hermanos copropietarios y contra una compañía mercantil, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a todos los codemandados a realizar, a su costa y cargo, las obras necesarias para suprimir las tres chimeneas que han sido instaladas en la fachada posterior del edificio, con la pretensión de unir las al motor o motores que se proyectan instalar en un local comercial de dicha finca. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda, que es confirmada por la sentencia de Apelación. Los dos hermanos copropietarios interponen recurso de casación. (*Alma R. G.*)

**70. Propiedad horizontal: legitimación para la representación en juicio de la Comunidad de propietarios.**—Señala el Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 7.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que la única persona legitimada para representar en juicio a una Comunidad de Propietarios es aquella a quien la Ley conceda representación. Cuando, conforme a los Estatutos de una Comunidad de Propietarios o su Reglamento de Régimen Interior, sólo el presidente ostente la representación legal de la Comunidad, habrá de rechazarse la legitimación activa o *ad causam* de cualquier otro comunero. (STS de 30 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios *SF* demandó a dos de los propietarios, don *H.* y doña *V.*, por la realización de obras ilegales en la fachada del edificio. El Juzgado de Primera Instancia declaró la ilegalidad de tales obras y condenó a los demandados a la reposición de la terraza y elementos comunes situados en la vivienda de su propiedad al ser y estado que tenían con anterioridad a las obras.

Los demandados recurrieron en apelación, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. El argumento de la Audiencia hacía referencia a que teniendo la parte actora la condición de «subcomunidad» únicamente ostentaba la legitimación que corresponde a cualquier comunero para defender los intereses de la Comunidad general. Dado que no parece justificado que la acción ejercitada por la «subcomunidad» se realizara en interés de la Comunidad general, pues no se había acreditado que las obras en cuestión supusieran un perjuicio para la «subcomunidad», ni existía acuerdo de la Comunidad general para prohibir tales obras de cerramiento, entiende la Audiencia que la acción ejercitada por la «subcomunidad» es abusiva (*ex* artículo 7.1 y 7.2 CC), y que en ningún caso redunda en el beneficio de la Comunidad general.

La «subcomunidad» interpone recurso de casación alegando infracción por aplicación indebida de los artículos 7.1 y 7.2 CC y de la doctrina jurisprudencial del TS que los interpreta, la cual pone de manifiesto que es difícil apreciar la existencia del ejercicio abusivo de un derecho cuando el mismo se ampara en un precepto estatutario. El Tribunal Supremo desestima el motivo debido a la falta de legitimación activa de la «subcomunidad» para ejercitar acciones legales en representación de la Comunidad general. Una interpretación conjunta del artículo 7.6 LEC, —que sólo permite comparecer en juicio a quien la Ley conceda representación—, y de los Estatutos, —que únicamente otorgan la representación legal de la Comunidad a su Presidente, o al Vicepresidente, en su caso—, conduce a la apreciación de oficio de la falta de legitimación activa o *ad causam* de la «subcomunidad». (*P. M. G-F.*)

**71. Propiedad Horizontal. Acta de la junta de propietarios: firma del Presidente y del secretario para su validez.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que para la validez de las actas de las juntas de propietarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.3 LPH, únicamente se requiere que firmen el presidente y secretario al terminar la reunión o en el plazo de los diez días naturales siguientes, no siendo necesario que firmen todos los copropietarios que asisten a la reunión. (**STS de 22 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Los copropietarios don *G.* y don *H.* interponen una demanda contra la comunidad de propietarios, solicitando se dicte sentencia por la que se declare, entre otras cosas, la nulidad de un acuerdo adoptado por la junta general extraordinaria de propietarios por el que se acordaba ratificar y aprobar determinadas decisiones, acciones y reclamaciones judiciales ejercitadas por el presidente de la comunidad de propiedad en representación de ésta.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. J. P. G.*)

**72. Propiedad horizontal. Cláusulas de exoneración de gastos.**—El Tribunal Supremo acepta la doctrina de que, en el régimen de propiedad horizontal, se puede eximir a algunas viviendas o locales de la obligación de contribuir a determinados gastos de la comunidad. Se trata de un acuerdo válido, adoptado conforme a lo dispuesto por los artículos 9 LPH y 396 CC y al principio de la autonomía de la voluntad imperante en las relaciones privadas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que estas exenciones de pago de gastos, cuando son globales o genéricas, se han de interpretar sin hacer distinción entre unos u otros conceptos —ordinarios o extraordinarios—, incluyéndose, por tanto, también los supuestos de sustitución de elementos comunes (SSTS de 3 de julio de 1984, 3 de febrero de 1994 y 19 de julio de 2000); donde la regla no distingue, no existe, por tanto, justificación para interpretar lo contrario.

**Instalación de ascensor. Régimen de adopción del acuerdo.**—Señala el Tribunal Supremo que, ya con antelación a la reforma de 1999 de la Ley de Propiedad Horizontal, la jurisprudencia se inclinaba por considerar la instalación de ascensor como servicio o mejora exigible y, por tanto, requerido para la adecuada habitabilidad del inmueble (SSTS de 13 de julio de 1994 o 22 de septiembre de 1997). La reforma de 1999 se limitó a plasmar con claridad esta doctrina, al flexibilizar en este punto el rígido criterio de la unanimidad exigido para la modificación del título constitutivo o de los estatutos. (**STS de 18 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Adoptado por la Junta de Propietarios acuerdo sobre contribución por todos los copropietarios a los gastos derivados de la obra de sustitución del ascensor de la finca, los propietarios de los locales del sótano, la planta baja y el entresuelo se oponen a la validez del mismo, alegando la existencia en dicha Comunidad de una cláusula estatutaria exonerativa de la obligación de pago que les exime de tales gastos. Concretamente, la cláusula dispone que ni los locales del sótano ni los de las entreplantas o entresuelos participan en los «gastos» —sin mayor especificación— de la escalera, ni en los del ascensor.

La demanda es estimada, por entender el Juzgado de primera instancia que la cláusula de exoneración de gastos contemplada en las normas de la comunidad ha de extenderse a cualquier gasto derivado del ascensor, inclusive los de sustitución. Frente a este fallo recurre en apelación la comunidad de propietarios. Desestimado el recurso sobre iguales razonamientos, plantea la comunidad recurso de casación, alegando la necesaria interpretación restrictiva de las cláusulas exonerativas de gasto como limitadas a los gastos de uso y mantenimiento periódicos, pero no a los de sustitución. El recurso es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo. (*A. M. M.*)

**73. Propiedad horizontal. Acuerdos nulos y anulables.**—La moderna jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS

de 5 de mayo de 2000, 7 de marzo de 2002, 25 de enero de 2005 y 18 de abril de 2007) mantiene que los acuerdos que vulneren algún precepto de la Ley de la Propiedad Horizontal o de los estatutos de la comunidad de propietarios son anulables; por el contrario, los acuerdos que sean contrarios a la moral, al orden público, que impliquen un fraude de ley o que vulneren cualquier otra norma imperativa que no tenga prevista otra sanción, son nulos de pleno derecho y son insubsanables por el transcurso del tiempo.

**Propiedad horizontal. Convalidación de los acuerdos anulables por su ratificación posterior o por la falta de impugnación judicial.**—La Sala Primera de nuestro Alto Tribunal en reiterada jurisprudencia (SSTS de 5 de mayo de 2000, 28 de febrero de 2005 y 18 de abril de 2007, entre otras) afirma que los acuerdos anulables adoptados por la junta de propietarios se convalidan si se ratifican posteriormente o si no se impugnan judicialmente en el plazo legalmente establecido. (**STS de 17 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpone una demanda contra los copropietarios don sentencia y doña F. por el impago de la cuota de instalación de un ascensor en el edificio, solicitando se dicte sentencia que condene a los demandados a abonar determinada cantidad de dinero.

Los demandados contestan a la demanda y formulan demanda reconvenicional solicitando se dicte sentencia que declare que no deben cantidad alguna a la comunidad de propietarios por el concepto de gastos de instalación del ascensor, pues el acuerdo de distribución de cuotas carece de existencia al realizarse sin unanimidad en la junta de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la demanda reconvenicional. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia, estimando la demanda y desestimando la demanda reconvenicional. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*M. J. P. G.*)

**74. Retransmisión por establecimiento hotelero de obras y grabaciones audiovisuales a través de aparatos de televisión: calificación de la actividad como comunicación pública.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo, desde que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunciara sobre esta cuestión en sentencia de 7 de diciembre de 2006, viene sosteniendo (*vid.* SSTS de 16 de abril y 6 de julio de 2007, 15 de enero y 10 de julio de 2008, 2 y 26 de enero y 25 de marzo de 2009) que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles constituye un acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual y genera, por ello, un derecho a favor de los titulares de los derechos sobre los contenidos audiovisuales protegidos a percibir la remuneración que corresponda según las tarifas generales.

**Cálculo de las tarifas generales por comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en establecimientos hoteleros.**—El Tribunal Supremo afirma que las tarifas concretas que han de abonar a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual los establecimientos hoteleros

que comuniquen obras y grabaciones audiovisuales a través de aparatos de televisión instalados en las habitaciones y en zonas comunes han de calcularse conforme al número de habitaciones/apartamentos ocupados, para cuya estimación se tomará como referencia las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística del año en cuestión. (*vid.* STSS de 15 de enero de 2008 y de 18 de mayo de 2009). (**STS de 28 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sociedad mercantil *ETS*, titular de un complejo hotelero, fue demandada en primera instancia por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual EGEDA, AIE y AISGE al entender éstas que la demandada llevaba a cabo en el hotel, desde el año 1994, actos de comunicación pública sin haber obtenido la autorización pertinente y sin haber pagado la remuneración correspondiente.

El hotel contaba con 60 habitaciones en las que tenía instalados aparatos de televisión a través de los cuales se emitían y retransmitían obras y grabaciones audiovisuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia Como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de las entidades de gestión al entender que tal actividad no constituía una comunicación pública a efectos de lo establecido en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Frente a ello, las entidades de gestión presentan recurso de casación ante la Sala 1.ª del TS con el único motivo de existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de la Sala 1.ª en relación a la posibilidad de valorar como acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual la retransmisión de la señal televisiva en las habitaciones de los hoteles. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y anula la sentencia de la Audiencia provincial, de modo que se suspenden las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales, se prohíbe su reanudación, y se condena a la recurrida a indemnizar a las entidades de gestión mediante la aplicación de las tarifas generales al número de habitaciones del hotel. (*P. M. G-F.*)

**75. Propiedad intelectual. Interpretación de las excepciones a la obligación de pago de la compensación equitativa por copia privada.**—Siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada en las SSTS de 25 de octubre de 2005 y de 3 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo aboga por una interpretación literal de las excepciones a la obligación de pago de la remuneración compensatoria por copia privada contemplada en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, excepciones que han sido desarrolladas reglamentariamente, en función de la evolución tecnológica y las exigencias del mercado en el sector. Desde la entrada en vigor del Real Decreto 325/1994, el 16 de marzo de 1994, los únicos soportes utilizables para la fijación de obras y de grabaciones audiovisuales que van a quedar exentos de la obligación de pago de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 LPI son las cintas de paso superior a 12,7 mm —además de las cintas para uso en videocámaras—. No quedan exceptuadas de dicho pago

las cintas de paso igual a 12,7 mm –también llamadas cintas de vídeo doméstico o cintas de vídeo VHS–, que sí estaban exentas de la obligación de pago atendiendo al tenor literal del artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992. Precisamente, el motivo que explica que las cintas de vídeo doméstico deban gravarse es el destino habitual que éstas tienen entre el público: la reproducción de obras y grabaciones audiovisuales para el uso privado. Por ello, éstas quedarán sujetas al mandato de pago a partir de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 325/1994, pero sin que tal obligación de pago pueda extenderse retroactivamente a aquellas cintas VHS vendidas en el ejercicio de 1993, para las cuales regía la excepción contenida en la norma reglamentaria derogada por este nuevo Reglamento. (**STS de 17 de diciembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por la mercantil *MM, sentencia A.* y dirigido contra *SGAE, EGEDA, AISGE, AIE, CEDRO, AGEDI* y *VEGAP*. La actora comercializa cintas de vídeo doméstico. La parte demandante solicita la devolución de la compensación equitativa por copia privada abonada a las citadas entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, correspondiente a las cintas de VHS vendidas en el ejercicio de 1993, pues considera que durante tal ejercicio, al estar vigente la regulación dada por el Real Decreto 1434/1992, las cintas de vídeo doméstico estaban exentas de la obligación de pago.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, denegando el derecho a las devoluciones solicitadas. Considera que el criterio seguido por el legislador al imponer la obligación de remuneración compensatoria es el de la idoneidad, de manera que todo soporte que sea idóneo para la reproducción para uso privado estará sujeto a esta obligación de pago. Las cintas VHS cumplen el requisito de la idoneidad, luego deberán estar sujetas a la obligación de pago.

La Audiencia Provincial confirma la resolución de primera instancia.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte actora. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y, estimando sustancialmente la demanda, declara la improcedencia de la sujeción en el año 1993 de las comercializaciones de las cintas de paso igual a 12,7 mm –además, claro está, de las cintas de paso superior– a la obligación de remuneración compensatoria y, por ello, declara la devolución de la cantidad pagada por la actora, devolución a la que quedan obligadas solidariamente las entidades de gestión demandadas, con los intereses legales desde la fecha en que se hizo el pago.

NOTA.–Téngase en cuenta que el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la LPI, fue modificado por el Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero. El Real Decreto 1434/1992 estuvo vigente desde el 17 de diciembre de 1992 hasta el 16 de marzo de 1994, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 325/1994. La Exposición de Motivos de este último Reglamento justificaba la modificación introducida, al entender que las cintas de vídeo doméstico eran las más utilizadas para realizar copias privadas, y debía gravarse, mientras las cintas de mayor medida del paso no solían ser utilizados

para realizar copias privadas, luego habrían de quedar exentos de la obligación de pago establecida en el artículo 25 de la LPI.

Asimismo, esta sentencia hace referencia a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. La actual redacción del artículo 25 de la LPI proviene de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica este texto refundido. Las normas reglamentarias anteriormente citadas completan esta regulación legal. (G. M. A.)

**76. Condiciones necesarias para obtener la protección de la fe pública registral.**—Si el acto o contrato realizado por el tercero es inexistente, nulo o anulable, la inscripción registral no realizará ninguna función convalidante o sanatoria (art. 33 LH). En estos casos, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es aplicable, dado que este precepto sólo protege al adquirente de la posible nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. En este sentido, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se entiende como una excepción al artículo 33 del mismo cuerpo legal. (STS de 16 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don C. F. interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Marbella contra varias personas físicas y una entidad bancaria. En ella solicitó, por una parte, la nulidad de las actuaciones en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH que se había seguido con anterioridad en el mismo Juzgado y, por otra, que se declarase que la finca descrita en la demanda era de su propiedad. Dado que la vivienda había sido enajenada a un tercero protegido por la fe pública registral, se añadió una petición adicional en la demanda para solicitar a los demandados una indemnización sustitutiva a la restitución *in natura* de la vivienda litigiosa equivalente al valor que la misma tuviera en ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó a los demandados a abonar al actor, con carácter solidario, una indemnización equivalente al valor de la vivienda litigiosa cuyo valor habría de determinarse en ejecución de sentencia conforme a su precio de mercado.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal Provincial desestimando los recursos extraordinarios presentados por los demandados. (J. D. sentencia C.)

## DERECHO DE FAMILIA

**77. Capitulaciones matrimoniales: Simulación absoluta: Prueba por indicios: Modificación del régimen económico para dificultar actuación de Agencia Tributaria: Nulidad absoluta.**—Por propia declaración de la esposa se simularon una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas

deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran Consejeras la esposa y su hermana. No es necesario invocar la aplicación del art. 1317 CC que declara la inoponibilidad de los capítulos matrimoniales a terceros, porque tal precepto parte de la validez de los capítulos y de los pactos en ellos contenidos, y por ello requiere otra figura jurídica. En este pleito se ha probado mediante indicios la nulidad absoluta por lo que no es necesario utilizar aquel precepto para evitar dicho perjuicio.

**Forma.**—En el presente caso los cónyuges firman un documento privado el mismo día de convenir la separación de bienes en sustitución del de gananciales, estableciendo que en el futuro sigue rigiendo entre ellos el régimen de gananciales, con lo cual no se trataba de restaurar el régimen que se había solemnemente extinguido, sino de evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creado con las capitulaciones nulas. Por ello es innecesario citar como infringido el art. 1327 CC. (STS de 21 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Felipe y D.<sup>a</sup> Santiago estaban casadas bajo el régimen de gananciales. D.<sup>a</sup> Santiago y su hermana D.<sup>a</sup> Micaela forman parte del Consejo de Administración de una empresa a la que la Agencia Tributaria había reclamado infructuosamente una deuda, acordando ésta derivar la responsabilidad a los administradores, resolución notificada el 3 de mayo de 1996. Santiago y Micaela acuerdan llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas para evitar el embargo de inmuebles pertenecientes a las respectivas sociedades de gananciales. A tal efecto: a) D.<sup>a</sup> Santiago y su esposo el 4 de junio de 1996 pactan el sistema de separación de bienes, liquidando la sociedad de gananciales con inventario de los bienes; se adjudica al marido una finca gravada con una deuda de seis millones pts, no se incluyen los planes de pensiones del marido, y se adjudica a la esposa una vivienda familiar. D.<sup>a</sup> Micaela pacta igualmente la separación de bienes con su esposo. b) El 6 de junio de 1996 D.<sup>a</sup> Santiago donó a sus hijos menores la nuda propiedad de la vivienda familiar que se le adjudicó en la partición, nombrando usufructuario a su esposo. c) El mismo 6 de junio de 1996, D.<sup>a</sup> Santiago y D. Felipe firman un documento privado en el que expresan que, no obstante haber pactado la separación de bienes, expresan su deseo de seguir rigiéndose entre ellos por el régimen de gananciales, bastando que uno cualquiera requiera al otro para restablecerlo oficialmente. d) Las mismas o parecidas operaciones efectuaron otros hermanos de D.<sup>a</sup> Santiago. Al producirse la crisis matrimonial D.<sup>a</sup> Santiago demanda a su esposo pidiendo la nulidad por simulación absoluta tanto de la escritura de separación, como la de donación a los hijos y esposo; asimismo, que todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges después de la escritura de separación eran gananciales.

Hay una curiosa incidencia procesal pues el Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 27 de octubre de 2003 desestima la demanda, pero la actora insta la nulidad de actuaciones en base a no haber podido hacer las alegaciones y valoraciones oportunas para fundamentar el recurso de apelación, por carecer de sonido en la grabación de la cita. Por Auto de 9 de marzo de 2004 la Audiencia Provincial acuerda declarar la nulidad del juicio oral, debiendo proceder a su repetición. El Juzgado de Primera Instancia por senten-

cia de 15 de julio de 2004 estima ahora íntegramente la demanda. No consta si había identidad con el Juez que dictó la sentencia anterior. La Audiencia Provincial por sentencia de 2 de marzo de 2005 rechaza el recurso de apelación.

NOTA.—Son vehementes los indicios en favor de la simulación absoluta del pacto modificativo del régimen económico del matrimonio vigente entre las partes. Intento defraudatorio que, probablemente, no hubiera salido a la superficie ni se hubiera probado judicialmente de no haber mediado una crisis matrimonial entre los interesados. Una empresa familiar en la que interviene activamente la esposa y cuya situación económica pertenece al régimen que puede calificarse de *normal*, anterior a la actual crisis que padecemos. La doctrina, por otro lado, diferencia radicalmente los supuestos de nulidad absoluta del negocio y los de mera inoponibilidad que la sentencia acertadamente descarta (G. G. C.)

**78. Patria potestad sobre hijos no matrimoniales: Separación de los progenitores: Atribución de la custodia compartida: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación suficiente.**—Según la STC 77/2000 la motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Esta Sala 1.<sup>a</sup> ha aplicado esta norma exigiendo la motivación suficiente sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos. Esta obligación está recogida en el art. 218 LEC, cuyo pár. 2.º establece que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho y todo ello ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1, 2.º LEC), y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (art. 476.2,4 LEC).

La sentencia recurrida resume así para justificar la revocación y negar la guarda y custodia compartida: *a)* que las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más; *b)* que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; *c)* se desconoce asimismo la proximidad de los domicilios; y, finalmente, que todo ello hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de éstos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales.

Esta argumentación no es suficiente para justificar la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia, y ello por las siguientes razones: *a)* porque el cambio de las circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores; *b)* porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y

c) finalmente, pero no de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable.

Es cierto que el CC en materia de guarda y custodia compartida contiene en el art. 92.8 una cláusula abierta que obliga al Juez a proteger adecuadamente el interés superior del menor, resultando muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores; algunos lo reservan únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los arts. 76.1. b y 139 del Código de familia de Cataluña). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art. 373.2.11 *Code civil*, modificado por Ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la *Children Act* inglesa, el CC español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* los han fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor, o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquiera otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1.ª instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado anteriormente, debe concluirse que falta motivación procediendo la anulación de la sentencia, reponiendo las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida. **(STS de 8 de octubre de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. Argimiro y D.<sup>a</sup> Sofía conviven sin estar casados, y cuando se separan en 2004 tienen tres hijos de edades comprendidas entre seis años y dos meses. D.<sup>a</sup> Sofía demanda a su compañero, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante, en juicio verbal sobre guarda, custodia y alimentos a hijos no matrimoniales. Se dictaron diversas medidas provisionales, entre las que se acordó la guarda y custodia compartida por periodos semanales, pudiendo visitar a los menores el progenitor que no los tuviera bajo su guarda. La sentencia de 15 noviembre 2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante ratifica aquéllas, basándose en argumentos de derecho comparado, y en que, a falta de acuerdo en aquel punto, hay que favorecer la necesaria relación del menor, en su interés, con cada uno de sus progenitores. D.<sup>a</sup> Sofía apeló la sentencia de primera instancia y la Sec. 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia de 8 mayo 2006 acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, con derecho de visita del padre, argumentando que los padres en julio de 2005 se iban a trasladar a Bruselas, por razón de incorporarse la madre a su trabajo en la UE, ignorándose el domicilio de cada uno de los padres, lo que imposibilita la guarda compartida. Don Argimiro interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo estimado el primero por las razones extractadas.

NOTA.—Sin duda una de las primeras sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la novedosa figura de la guarda compartida, muy combatida por razones en las que parecen prevalecer motivaciones extrajurídicas; institución escasamente aplicada todavía por los tribunales inferiores, y que la sentencia extractada sitúa en un superior plano comparativo con reformas legales muy recientes de países de nuestro entorno. Creo que es un acierto metodológico si se aspira a obtener el mayor rendimiento práctico a las recientes reformas matrimoniales. La experiencia demuestra que, en general y en cualquier lugar y época, la crisis de convivencia entre los padres afecta necesariamente a la situación formativa y afectiva de los hijos, aunque el art. 92.1 CC proclama con cierta solemnidad que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a sus padres de sus obligaciones para con sus hijos, norma también aplicable a los padres no casados (art. 108.2 CC). En la práctica, la guarda compartida o conjunta supone una especial voluntad—expresa o implícita—de colaboración por parte de ambos progenitores que no siempre concurre *in factis* en la medida indispensable. Es de alabar el punto 5.º del fallo de la sentencia extractada: «Si contra la nueva sentencia volviera a interponerse cualquiera de los dos recursos, o ambos simultáneamente, se advierta de esta circunstancia al remitir las actuaciones a esta Sala para acordar su tramitación preferente a fin de evitar más dilaciones en la resolución del litigio». Medida prudente para lograr la eficacia en el tiempo de los fallos del TS (en el presente caso el mayor de los hijos de esta pareja de hecho alcanzará la mayoría de edad en 2016) (G. G. C.)

**79. Cesión de uso en precario de una vivienda con ocasión del matrimonio de un hijo. Separación matrimonial y atribución del uso de la vivienda a la esposa. Inexistencia de interés casacional.**—La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 declaró que sobre esta cuestión

se ha sentado doctrina a partir de la sentencia de 26 de diciembre de 2005, continuada por numerosas sentencias posteriores, en el sentido de que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio familiar es propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el uso y disfrute de la vivienda por resolución judicial. (STS de 22 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. Doroteo y su esposa ceden a su hijo D. Juan Enrique y a D.<sup>a</sup> Loreto el uso gratuito de un piso y de una plaza de garaje de su propiedad desde que estos últimos contrajeron matrimonio. En la sentencia de separación de D. Juan Enrique y D.<sup>a</sup> Loreto, se atribuyó el uso y disfrute de dicho piso a D.<sup>a</sup> Loreto y a la hija de ambos. D. Doroteo demandó a D.<sup>a</sup> Loreto ejercitando la acción de desahucio por precario al considerar que no existía un título que justificara la posesión de la demandada.

El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda por considerar que la vivienda se había cedido en precario y que la sentencia de separación no constituye un título posesorio válido y suficiente para enervar la acción de precario. D.<sup>a</sup> Loreto interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la dictada en la Primera Instancia. En dicho recurso alega que concurre interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales. (*L. P. sentencia M.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

**80. Testamento en peligro inminente de muerte otorgado ante testigos: Requisitos.**—El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el art. 700 CC, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del Notario por la de cinco testigos. A tal efecto, el art. 679 CC define este testamento de la siguiente manera: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone». Y el art. 700 CC dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte «puede otorgar testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario». Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el art. 695 CC, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento según STS de 27 junio 2000.

**Remisión del testador a un documento informático.**—En el caso actual el difunto declaró que quería valiera el pretendido borrador, que ni tan sólo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento. Sentencias antiguas de esta Sala dicen que si no se había probado el propósito serio y deliberado que tuviera el causante de otorgar su voluntad, ni que los testigos oyeran simultáneamente todas las disposiciones que quería que tuviesen

como expresivas de aquélla, carece de los requisitos necesarios para ser testamento (STS de 6 de noviembre de 1929). A ello se añade el argumento de que los testamentos *per relationem*, en los que se oculta la voluntad testamentaria con referencia a papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, de modo que sólo la existencia de forma permitiría la validez de este tipo de disposiciones testamentarias. El testador declaró que quería que se cumpliese lo que aparecía en un documento depositado en la Notaría, y para que esta voluntad valiese como testamento se requeriría que hubiese quedado cubierta con la forma de testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí por estar conservado en un documento informático que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento. En consecuencia no procede considerar que nos hallemos ante un testamento válido porque carece de expresión de la voluntad testamentaria y la pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez como tal testamento (**STS de 4 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—No parece que en este caso puedan aplicarse las sospechas que recaen sobre el testamento *per relationem* de ocultamiento de la voluntad testamentaria hasta después de la muerte, con invocación —innecesaria— del art. 672 CC, sino más bien el relato fáctico describe la impotencia de un ciudadano que, presintiendo su muerte, hace gestiones infructuosamente para otorgar, de alguna manera, testamento válido. Unos días antes de intentar otorgar el testamento en cuestión, logra que una oficial de una Notaría acuda a su domicilio y recoja informalmente sus previsiones sucesorias, cuando probablemente ya se encontraba mal de salud. Pero ¡ha de esperar su turno para testar ante Notario!, y antes de que se le llame a otorgar testamento abierto, su enfermedad se agrava y es ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja, en Murcia. Sigue en pie su personal preocupación por testar, que comunica a quienes le asisten, y alguien sugiere, en atención al estado del enfermo, la modalidad del testamento *in articulo mortis*. Aparte aquella demostrada obsesión por morir testado, no consta el efectivo estado físico y mental de D. Dámaso. Pero, al menos, tuvo la lucidez de recordar que *ya había manifestado su última voluntad*, que la Oficial de Notaría insertó informalmente en el ordenador de la misma en espera de que le llegara su turno. Y lo expresó así a los cinco testigos según resulta del documento que el art. 702, cuya redacción no se eleva a requisito formal. En trámite de protocolización, el Juzgado de Primera Instancia lo revalidó, pero la Audiencia Provincial revocó el auto. Todas las instancias judiciales han desestimado luego la pretensión de la persona interesada (se supone que el heredero tan trabajosamente designado), y el TS rechaza el recurso de casación. La solución es fiel a una doctrina reiterada (en general, recaída antes de la utilización de la informática: así SSTS de 8 de noviembre de 1907, 6 de noviembre de 1929, 4 de febrero de 1943, 3 de febrero de 1951, 24 de octubre de 1958, 22 de marzo de 1983. Más recientemente, el extraño supuesto de STS de 27 junio 2000, en que el Notario se niega a otorgar testamento abierto pero interviene como testigo en la

forma excepcional. Por último, resumiendo la doctrina general restrictiva la STS de 10 de julio de 2005). Pero imaginemos que los cinco testigos, inmediatamente después del otorgamiento, acuden a la Notaría para conocer el contenido de las previsiones sucesorias, quedando impuestos de las mismas. ¿Cabría, en atención a las circunstancias concurrentes, entender que, en este caso, se ha cumplido el requisito de expresar la voluntad testamentaria? ¿sería posible interpretar con cierta holgura el requisito de la unidad de acto? Por lo demás, parece aquí fuera de lugar invocar el régimen del testamento ológrafo que nunca quiso otorgar el enfermo (G. G. C.)

**81. Interpretación de testamento: Institución de heredero.**—La cuestión que se plantea en casación es muy concreta ya que la demandante D.<sup>a</sup> Adelaida, viuda de D. Leovigildo, como heredera del mismo, ejerció la *actio communi dividundo* respecto a unas fincas cuya propiedad era de éste y de tres hermanos suyos, los codemandados en la inicial demanda. La postura de los demandados no era de oposición a la acción de división sino la alegación en demanda reconventional de que la actora no era heredera del causante, su esposo, sino que los herederos del mismo eran sus hermanos, demandados y recurrentes en casación (ellos o sus respectivos herederos). La cuestión es, por tanto, la interpretación del testamento notarial otorgado por D. Leovigildo en 1985, en el que lega a su esposa el usufructo universal de sus bienes con aplicación de la *cautela socini*. En aquel momento, ni tampoco después, tenían descendencia. Hace la institución de heredero en la cláusula cuarta que provoca el litigio, cuyo tenor literal establece que instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución —para caso de premoriencia o incapacidad— por sus respectivos descendientes; y a falta de éstos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus hermanos: Carla, Candelaria y Sebastián, con sustitución, igualmente para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa D.<sup>a</sup> Adelaida.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 24 de septiembre de 2004, confirmando la de primera instancia, estima la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Adelaida y declara que, según la interpretación lógica del testamento, la heredera es la esposa del causante, concluyendo que el testamento no permite, en su tenor literal, conocer la voluntad del testador y se debe acudir a una interpretación lógica y finalista. Entre los cinco motivos del recurso de casación el fundamental es el primero relativo a la cuestión crucial de la interpretación del testamento.

**Doctrina general sobre la interpretación del testamento.**—La doctrina sobre la interpretación del testamento como proceso de averiguación del sentido y alcance de la voluntad del testador que pretende la reconstrucción de la misma, aparece recogida últimamente en SSTS de 18 de julio y 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 20 de noviembre de 2007, aparece recogida en los siguientes términos: a) Debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) Es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley; y c) que debe primar

el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distintos (como ya anunciaban las SSTs de 9 de junio de 1962 y 23 de septiembre de 1971, que continúan las de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre otras). Así siguiendo el art. 675 CC, el primer criterio de interpretación del testamento es el gramatical; el segundo es la interpretación subjetiva que busca la verdadera voluntad del testador cuando quiebra el primer criterio; el tercero, criterio de la duda, en cuyo caso se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador.

**Cláusulas testamentarias contradictorias: Facultades interpretativas de los Tribunales de instancia: Voluntad del testador.**—La interpretación del negocio jurídico tanto *inter vivos* como *mortis causa* corresponde a los Tribunales de instancia, a no ser que sea ilógica, absurda, contraria a la Ley o, en el caso del testamento, disconforme claramente con la voluntad del testador. No es el caso presente. La sentencia de la Audiencia Provincial expone los argumentos para mantener que la heredera es la viuda demandante, basándose en la expresión *conmoriencia* que no tendría sentido si no se le da esta interpretación, y lo mismo la expresión *si no hubiera descendientes*, por lo que tal falta de claridad impide la interpretación literal y, por la interpretación lógica llega a la conclusión aludida. Esta Sala, no sólo no la considera ilógica o absurda, sino que la comparte.

La interpretación literal es inviable por la contradicción entre la primera disposición (*instituye herederos ... a sus hermanos*), y la última instituye heredera universal, en pleno dominio, a su esposa, en ambos casos, a falta de descendientes, que efectivamente no los hubo; la expresión *conmoriencia* no tiene sentido, pues no es posible entender a quién se refiere.

La interpretación lógica, aplicable en defecto de literal, lleva a entender que lo único claramente decisivo es el último inciso: Y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa, Adelaida.

En caso de duda —que la hay en realidad— debe observarse lo que aparezca más conforme a la intención del testador; en autos, como declara probado la sentencia de instancia, consta que la voluntad del testador, al tiempo de hacer testamento, momento al que debe referirse la interpretación, era la de favorecer, si no tenía descendencia, que no la tuvo, a su esposa, en ningún caso a sus hermanos antes que a ella. (STS 14 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Aclarados suficientemente en la sentencia extractada los hechos, la primera pregunta que se suscita no puede ser otra que la siguiente: ¿en que pensaba el fedatario que otorgó este testamento? A mi juicio, cabría entender que la transcrita cláusula 4.ª del testamento de D. Leovigildo contiene, en realidad, dos disposiciones testamentarias independientes y contradictorias, aunque desafortunadamente incluidas en el mismo instrumento (de figurar en distintos testamentos, la posterior hubiera derogado a la anterior), una en que instituye heredera universal a su esposa en ausencia de descendientes, y otra para idéntico supuesto en que instituye herederos a sus tres hermanos; obsérvese que en el último supuesto encajaría plenamente el legado del usufructo universal de todos sus bienes a favor de su esposa que también contiene el testamento,

disposición que explica el empleo de la locución *en pleno dominio* que se utiliza en la institución que ha prevalecido. Cabría interrogarse además sobre la motivación que mueve a D. Leovigildo a testar en 1985 (la sentencia no dice en qué fecha falleció, en todo caso será anterior a 25 de septiembre de 2002), pues según el art. 944 D.<sup>a</sup> Adelaida le sucede abintestato con preferencia a los hermanos de su esposo. ¿O es que el testador, en el único testamento que otorgó, trató de contentar a las dos *partes* que se disputaban su sucesión? ¿se trataría de un caso en el que el testador *impone* estrictamente al Notario el texto de una determinada disposición testamentaria, sin autorizarle ningún desvío a su voluntad? La lógica, por otra parte, parece conducir, en mi opinión, a una interpretación contraria a la aquí aceptada unánimemente por todas las instancias judiciales: en efecto, D. Leovigildo, ejerciendo su libertad de testar trataba de beneficiar a sus hermanos y por ello les nombra herederos. Lo que ocurre es que no constan en el texto de la sentencia del TS las pruebas, indicios o pruebas extrínsecas que han conducido a los Tribunales de instancia y al TS a fallar unánimemente a favor de la esposa (G. G. C.)

**82. Colación: Naturaleza voluntaria de sus normas.**—La naturaleza de las normas sobre colación establecidas en el art. 1.045 CC después de la reforma de 1981, ha originado la siguiente doctrina jurisprudencial: 1.º) La valoración de los bienes colacionables debe efectuarse al tiempo de su evaluación, pues al tratarse de una prestación de valor había que tener, en principio, en cuenta, el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, del fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria; el pár. 1.º del art. 1.045, significa que en circunstancias normales los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición —como es el caso— no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación deberá realizarse en el momento de practicar dicha partición (la STS de 20 de junio de 2005 aplica dicha regla a la colación de una suma de dinero). 2.º) Los aumentos de valor no físicos han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad, decisiva, exclusiva y determinante del recurrente. 3.º) A diferencia de las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas de colación son voluntarias participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el CC o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicios de las legítimas que correspondan.

**Colación de donaciones de bienes gananciales hechas a hijos.**—Las cláusulas de las donaciones establecían que los bienes colacionables deben valorarse en el momento del fallecimiento de los respectivos otorgantes de la donación y, por tanto, debían colacionarse por el valor que tuvieran en ese momento. Y ello porque la colación es institución voluntaria y los testadores

pueden fijar el momento de la valoración de los bienes donados, de la misma forma de como pueden excluirla. De aquí la corrección de la sentencia recurrida que lleva a fijar momentos distintos para la valoración de cada una de las mitades de la finca, atendiendo al hecho de que el dinero para su adquisición fue facilitado por el padre y por la madre, al tratarse de bienes gananciales y obedecer estos momentos al fallecimiento de cada uno de los progenitores (**STS de 10 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G. G. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**83. Contratos civiles y mercantiles: reconocimiento de las peculiaridades mercantiles.**—Sea por la mayor agilidad del tráfico mercantil, sea por razones históricas, lo cierto es que el Código de Comercio de 1885 tiene un régimen con sus propias peculiaridades en relación con el Código Civil de 1889; que la remisión del art. 943 CCom. a las disposiciones del Derecho común debe entenderse sólo al plazo de ejercicio de las acciones; y que el art. 4.3 CC dispone su aplicación a las materias regidas por otras leyes sólo como supletoria. Además, el argumento del art. 14 de la Constitución conduciría a dar por suprimidas todas las peculiaridades de los contratos mercantiles que tuvieran sus correlativos regulados en el Código Civil; en cambio el art. 9 de la Constitución, en cuanto garantiza la seguridad jurídica, fundamento a su vez de la prescripción extintiva, sí es un argumento de peso para atenerse escrupulosamente a lo que dispongan las normas más específicas sobre cada materia.

**Prescripción de acciones. Vigencia del artículo 944.2 CCom.**—La jurisprudencia sostiene la vigencia y plena aplicabilidad del párrafo segundo del art. 944 CCom., sin que exista ninguna razón de peso para considerar derogado el párrafo segundo, como tampoco el tercero, del art. 944 CCom. (**STS de 8 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La representación de la entidad B., S. A. interpuso demanda contra D.<sup>a</sup> Adelina solicitando el abono de determinadas cantidades, a lo que opuso la demandada alegando entre otros motivos la prescripción de la acción ejercitada. El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Murcia desestimó la demanda. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N. D. L.*)

**84. Contrato de agencia. Prescripción de acciones: régimen jurídico.**—El régimen de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia, con la excepción de las previstas en el artículo 31, se contiene, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, en las reglas del Código de Comercio y, al fin —por ser aplicable el artículo 943 del mismo—, en las del Código Civil.

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: reclamación por clientela.**—El art. 31 de la Ley 12/1992 —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, apartado 5, de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre

de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes –establece un plazo anual de prescripción extintiva– de la acción de reclamación de la indemnización por clientela –y por daños y perjuicios–. Dicho plazo se cuenta desde que la extinción de la relación contractual se produjo.

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: retribuciones debidas al agente.**–La jurisprudencia ha sostenido que las acciones de reclamación de las retribuciones debidas al agente, como efecto del contrato de agencia, prescriben en el plazo trienal que establece el artículo 1.967 del Código Civil, por ser aplicable su regla 1.<sup>a</sup>

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: día inicial del cómputo.**–Debe decidirse mediante la aplicación de la regla contenida en el último párrafo del artículo 1.967 del Código Civil.

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: ausencia de preaviso.**–La ausencia de preaviso puede producir consecuencias jurídicas, pero no la de prorrogar la vigencia del contrato mas allá de la fecha fijada para su extinción. (STS de 15 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La representación de la entidad C., S. A. interpuso demanda contra S. S.A. solicitando resolución de la relación contractual que la unía. La demandada formuló reconvencción en igual sentido. Ambas partes se reclaman diversas indemnizaciones derivadas de sus vínculos contractuales. El Juzgado de Primera Instancia número 79 de Madrid desestimó ambas pretensiones. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso interpuesto por la actora C., S. A. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

**85. Garantías. Aval a primer requerimiento. Concepto y características.**–El aval a primer requerimiento es una modalidad especial de garantía de los derechos de crédito, de naturaleza personal, y atípica, aunque con pleno reconocimiento por la doctrina jurisprudencial con base en el principio de autonomía contractual (art. 1.255 CC), que se caracteriza por su autonomía e independencia –no accesoriedad, que le diferencia de la fianza– de la obligación garantizada y del contrato inicial, de modo que su nota más característica es que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Obligación del garante.**–El garante está obligado al pago por el simple requerimiento o solicitud del beneficiario.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Excepciones del avalista: posición jurisprudencial.**–La doctrina jurisprudencial para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la *exceptio doli*. El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Diferencia con fianza.**—Es nota característica de esta garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, ya que supera la rigidez de la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia. Es más, toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja que es el aval a primer requerimiento.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada: carga de la prueba.**—La carga de la prueba de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada incumbe el garante, sin que pueda exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. No exigencia de liquidación de la cantidad adeudada.**—En cualquier caso en modo alguno se acomoda la exigencia de una liquidación de la cantidad adeudada de la fianza, pues en virtud de la función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante dentro de la cantidad máxima garantizada, la que obviamente no se puede rebasar por la sencilla razón de que constituye el límite de la garantía pactada y la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto. (STS de 4 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La entidad financiera A., S. A. formuló demanda por reclamación de cantidad contra la también entidad bancaria C. R. de N. con base en un aval a primer requerimiento o primera demanda prestado por la entidad demandada a solicitud de la compañía L., S.A. El Juzgado de Primera Instancia Número 6 de Pamplona estimó la demanda. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra desestimó el recurso con imposición de costas al apelante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

**86. Garantía sobre acciones comprendida en resolución judicial extranjera: lugar de ejecución.**—Comprendida la garantía sobre las acciones en la resolución judicial inglesa que homologó el acuerdo transaccional entre las partes y limitada la solicitud de ejecución a la realización de esa garantía, no cabe duda de que una interpretación del art. 22.5 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, acorde con sus Considerandos 16.º (confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad a efectos del reconocimiento de las resoluciones) y 17.º (eficacia y rapidez del procedimiento para hacer ejecutoria la resolución), así como adecuada al principio de efectividad afirmado por la STJCE 16 de marzo de 2006 (C-234/2004), determina que por «lugar de ejecución» deba entenderse en este caso España por tener aquí su domicilio las sociedades anónimas emisoras de las acciones y encontrarse los tribunales españoles en mejor disposición que los ingleses para cumplir todos los trámites que comporta la enajenación forzosa de tales acciones, estatutariamente sometidas al derecho de adquisición preferente por los demás socios

que a su vez se contempla, junto con las demás previsiones estatutarias, en el art. 635.2 de la Ley procesal civil española. (STS de 18 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Mateo presentó solicitud de reconocimiento y ejecución de resolución extranjera siendo la ejecutada D.<sup>a</sup> Rosalía, al mismo tiempo se solicita embargo de acciones. El Juzgado de Primera Instancia n.º 72 de Madrid dictó Auto despachando la ejecución. La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

**87. Contrato de seguro. Participación de Administraciones públicas: naturaleza jurídica.**—El contrato de seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas no tiene la calificación de contrato administrativo, sino que expresamente nuestro ordenamiento lo califica de seguro privado, sujeto por consiguiente al régimen de la LCS.

**Contrato de seguro. Participación de Administraciones públicas: alcance pactos con aseguradora.**—La intervención en el contrato de seguro de una Administración pública, y los pactos entre la Administración asegurada y la aseguradora no pueden impedir el cumplimiento de las normas sobre fijación de intereses legales por mora en cuanto afectan al tercero perjudicado.

**Contrato de seguro. Grandes riesgos.**—El hecho de que pueda tratarse de un seguro de grandes riesgos significa la no sujeción a las normas de la LCS como normas imperativas (artículo 44 LCS ), pero, dado que el principio a que responde esta excepción sólo tiene sentido entre las partes contratantes, no exime a éstas del cumplimiento de las normas imperativas que rigen respecto de los terceros perjudicados, como ocurre respecto de la acción directa que corresponde a éstos y el régimen de intereses por mora de la aseguradora respecto de ellos. (STS de 2 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Landelino y D. Rodolfo, D.<sup>a</sup> María Dolores y D. Virgilio interpusieron demanda contra la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Cantabria, Servicio Cántabro de Salud el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y frente a M., S.A. ejercitando una acción de reclamación de cantidad derivada de la existencia de culpa extracontractual de los demandados. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santander estimó parcialmente la demanda absolviendo a la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Cantabria, Servicio Cántabro de Salud. Recurrida en apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)





